This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Vice-président du Conseil d'État,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État,
Membre de l'Institut.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Procureur général près la Cour de cassation,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, président de section au Conseil d'État;
C. Accarias, professeur à la Faculté de droit de Paris;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen, Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVIIIe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME VIII

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1879

Digitized by Google

Jur. is. Revue
152 hc, NS-8

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

262 H

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE, RUE RACINE, 26.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Vice-président du Conseil d'État,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État,
Membre de l'Institut.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Procureur général près la Cour de cassation,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, président de section au Conseil d'État;
C. Accarias, professeur à la Faculté de droit de Paris,

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen**, **Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVIIIe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME VIII

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot. 24

1879

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

REVUE DOCTRINALE DE JURISPRUDENCE.

I

LEGS DE NUE PROPRIÉTÉ EXCÉDANT LA QUOTITÉ DISPONIBLE. PEINE TESTAMENTAIRE. RÉDUCTION. CASSATION (CHAMBRE DES REQUÊTES, 6 MAI 1878.)

Par M. Ch. Testoud,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Un des problèmes les plus graves nés de l'article 917 du Code civil est, à coup sûr, celui de savoir si le droit d'option qu'il confère aux héritiers réservataires peut être exercé contre les donataires ou légataires de nue propriété, comme contre les donataires ou légataires de droit d'usufruit ou de rente viagère. On sait qu'en présence des derniers les réservataires doivent ou exécuter les dispositions gratuites du défunt, telles qu'il les a faites, sans en rien retrancher et sans y rien changer, ou abandonner aux donataires ou légataires la pleine propriété de la quotité disponible. C'était là évidemment le seul parti, vraiment sage, permettant de concilier les droits de la quotité disponible avec ceux de la réserve. Autrement, il eût fallu estimer en propriété l'importance des libéralités ayant pour objet des droits viagers. Or si de pareilles évaluations peuvent être faites, avec quelque exactitude, lorsqu'il s'agit d'une collection d'êtres humains, elles sont en revanche absolument incertaines et arbitraires, lorsqu'elles se rapportent à une personne prise isolément. On aurait pu dire, il est vrai, comme, avant l'adoption du texte actuel de l'article 917, l'avaient proposé le projet Jacqueminot

Digitized by Google

et aussi le projet du gouvernement, que la donation « en « usufruit ne pouvait excéder la quotité dont on peut dis- « poser en propriété. » (Fenet, t. I, p. 371 ; t. XI, p. 277.) Il n'y aurait eu ainsi qu'une seule et unique quotité disponible, invariable, soit qu'il se fût agi de libéralités en usufruit ou en rente viagère, et même à plus forte raison de libéralités en nue propriété. Mais alors on se heurtait à un nouvel inconvénient. Il pouvait arriver, sous l'empire de cette règle, que le réservataire obtînt, par l'action en réduction, une part supérieure à sa réserve et cela contrairement à la volonté nettement exprimée du père de famille qui avait disposé de ses biens dans les limites de son droit et de la quotité disponible. Tous les partis qui viennent d'être présentés avaient de quoi les faire exclure. C'est alors que les auteurs du Code reprenant la tradition de Lebrun et de Pothier, d'accord sur ce point, se rallièrent à la théorie de l'option. La réserve n'y est pas sacrifiée, car le réservataire peut, s'il le désire, obtenir sa réserve entière. Et s'il n'a que de la nue propriété, c'est qu'il a cru trouver son avantage dans l'exécution de libéralités en usufruit ou en rente viagère qui ne lui paraissaient pas excéder la quotité disponible. De leur côté, les donataires et légataires ne sont aucunement les victimes de l'option. La loi les place entre deux alternatives également justes et favorables : ou ils reçoivent tout ce qui leur a été donné ou légué ; ou en échange ils reçoivent la pleine propriété de la quotité disponible. Que peuvent-ils exiger de plus ?

Cette théorie si sage, si conciliante, et, pour rappeler les expressions dont se servait M. Tronchet, cette « règle si simple qui prévient toute sorte de procès » doit-elle être appliquée aux libéralités de nue propriété ? Ces libéralités doivent-elles être réduites à la nue propriété du disponible, comme il arrivait dans le projet Jacqueminot, pour les libéralités d'usufruit et de rente viagère ? Ou bien faudra-t-il que ceux qui ont droit à la réserve choisissent entre l'exécution stricte et littérale des volontés du *de cujus* et l'abandon du disponible ?

Nous n'avons pas la pensée de rouvrir une discussion qui, terminée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, n'est plus aujourd'hui que du domaine de l'école (V. Cass. civ.

Digitized by Google

7 juillet 1857, Sirey, 1857, I, 737;—Caen, 17 mars 1858, Sirey, 1858, II, 274;—Cass. 13 décembre 1872, Sirey, 1873, I, 251). Il est admis, en jurisprudence, même en doctrine (Aubry et Rau, t. VII, § 684 *bis*), que les libéralités de nue propriété sont en dehors de la sphère d'application de l'article 917 du Code civil; qu'elles doivent être réduites à la nue propriété de la quotité disponible, et ne sont jamais susceptible de se métamorphoser en libéralités de pleine propriété. Qu'il nous soit permis cependant de rappeler en quelques mots les graves objections qui s'élèvent contre l'interprétation triomphante. Aussi bien viendront-elles à l'appui de la solution que nous proposerons dans un instant.

Que voulait-on lorsqu'on institua le droit d'option de l'article 917? Dispenser les tribunaux d'apprécier des libéralités dont l'importance dépend de la durée de la vie humaine. Or, ce motif est vrai, ce but est désirable, soit qu'il s'agisse de nue propriété, soit qu'il s'agisse d'usufruit. « *Ubi eadem ratio idem jus.* » Si l'on n'a pas déclaré les dons ou legs en usufruit réductibles à l'usufruit du disponible, c'est que l'on ne voulait ni sacrifier la quotité disponible à la réserve, ni sacrifier la réserve à la quotité disponible. Or, n'entame-t-on pas la quotité disponible au bénéfice de la réserve, quand on attribue au réservataire non-seulement sa réserve en pleine propriété, mais en outre l'usufruit de la quotité disponible? Nous serions donc en droit de dire que la doctrine qui a prévalu, devant la Cour suprême, ne tient pas un compte suffisant de l'intention et de l'esprit de la loi.

La tradition historique est, selon nous, pareillement méconnue. Nos anciens auteurs, Lebrun, Roussilhe et Pothier, n'avaient jamais, dans leurs controverses, séparé les deux espèces de libéralités. « C'est une question très-importante, disait Lebrun, en un passage cité par M. Demolombe, dans sa consultation de 1858, que de savoir si un père ne peut pas récompenser son fils en usufruit de ce qu'il lui ôte de sa légitime, en pleine propriété, ou le récompenser en propriété de ce qu'il lui ôte en usufruit. » (Lebrun, *Des successions*, liv. II, ch. III, sect. IV). Les deux hypothèses étaient connexes. Résoudre la question pour l'une d'elles, c'était la résoudre pour l'autre dans le même sens.

La transformation d'une libéralité de nue propriété en li-

Digitized by Google

béralité de pleine propriété a, nous le reconnaissons sans peine, quelque chose d'anormal et d'exorbitant. Mais la loi a permis dans notre ordre d'idées, quelque chose de plus anormal et de plus exorbitant encore : elle a permis la conversion, en libéralité de pleine propriété, d'une libéralité d'usufruit ou de rente viagère. Cela était bien plus fort, car l'usufruit, droit temporaire, était bien plus éloigné de la propriété, que la nue propriété, droit perpétuel par essence. (V. en faveur de cette opinion : Angers, 15 février 1867, Sirey, 1867, II, p. 264.) Quoi qu'il en soit, il serait, à coup sûr, difficile aujourd'hui de lutter contre le principe qui l'a emporté. Dans les observations qui vont suivre, nous le supposerons constant.

Un père de famille ayant une fille et cinq petits-enfants nés de cette fille, institue ceux-ci légataires de la nue propriété de tous ses biens. Il ne laisse à leur mère, héritière réservataire pour moitié, que l'usufruit de ces mêmes biens. Pour assurer l'exécution des dispositions qui précèdent, il ajoute, que si, contre ses intentions, sa fille venait à demander la réduction de la liberalité de nue propriété, il lègue à ses petits-enfants la plus forte quotité disponible. Quelle était la portée de cet ensemble de clauses et de dispositions? Elle était facile à apprécier, dès le premier coup d'œil. Le testateur avait eu pour but évident de tourner la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, de deux choses l'une : ou la fille, pleine de déférence pour les intentions paternelles, accepterait d'être récompensée en usufruit de ce qui lui serait enlevé en propriété, et alors les véritables désirs du *de cujus* recevaient leur réalisation. Ou, au contraire, la fille refusait d'exécuter la disposition principale du testateur, mais alors elle se trouvait en face de la disposition subsidiaire, et il fallait qu'elle abandonnât aux légataires la pleine propriété de la quotité disponible et se contentât de sa réserve. C'était bien le droit d'option de l'article 917, dont l'application est repoussée par les arrêts.

En disposant ainsi de ses biens, le testateur avait-il dépassé ses pouvoirs? La Cour d'appel de Paris par arrêt du 17 mars 1877, et, sur le pourvoi, la chambre des requêtes, par arrêt du 6 mai 1878, ont décidé que les volontés du *de cujus* seraient inefficaces et que l'héritière réservataire avait

Digitized by Google

le droit de faire réduire les légataires à la nue propriété du disponible.

Nous trouvons, dans les motifs de l'arrêt, deux arguments invoqués à l'appui de la thèse qu'il consacre.

D'abord, dit-on, « si, dans le cas de l'article 917 du Code « civil, les héritiers réservataires ont l'option d'exécuter les « dispositions en usufruit ou en rentes viagères ou de faire « l'abandon de la quotité disponible, les donataires et léga- « taires n'ont pas réciproquement le droit de contraindre les « réservataires à exécuter les libéralités ou à se contenter de « la réserve dont ces derniers sont saisis de plein droit. » En d'autres termes, le principe de l'article 917 aurait été écrit dans l'intérêt unique et exclusif des héritiers réservataires. Eux seuls pourraient s'en prévaloir et non les donataires et légataires.

On ajoute que la disposition subsidiaire constitue une clause pénale : que si le testateur peut assurer ainsi l'exécution de ses dernières volontés, ce n'est qu'autant qu'elles n'ont rien de contraire à la loi. Or, dans le cas présent la disposition principale est contraire à la loi, en ce sens qu'elle est attentatoire à la réserve, qui doit être laissée en propriété et non en usufruit. Donc la clause pénale doit être réputée non écrite, conformément à l'article 900 du Code civil. On cite, en ce sens, M. Laurent: « La réserve est d'ordre public », dit cet auteur. Il est vrai qu'elle consiste en un droit pécuniaire, et les droits patrimoniaux sont en général d'intérêt privé, en ce sens que le législateur les abandonne aux libres conventions des parties intéressées. Mais il n'en est pas ainsi de la réserve. Si le législateur ne permet pas au père de disposer de tous ses biens quand il laisse des enfants, c'est « qu'il a des devoirs à remplir envers ceux auxquels « il a donné la vie; or, tout devoir qui incombe au père, « comme tel, est d'ordre public. C'est encore pour la con- « servation des familles que le législateur a établi des ré- « serves : et certes c'est là le plus grand des intérêts sociaux, « puisqu'il n'y a pas de société sans famille. Donc, la réserve « est, à tous égards, d'intérêt général, et, par suite, la clause « pénale qui tendrait à priver un enfant de sa réserve ou à « la réduire est contraire aux lois, et, comme telle, doit être « réputée non écrite. » (Laurent, *Principes de droit civil*,

Digitized by Google

t. XI, p. 624, n° 479.) C'est là, du reste, la jurisprudence constante en matière de partages d'ascendants. La Cour suprême décidait encore, par un arrêt de sa Chambre civile du 22 juillet 1874, rendu sur un pourvoi contre un arrêt de Chambéry, « que le droit à la réserve est un droit que l'en-« fant tient de la loi elle-même; que le testateur, obligé de « le respecter, ne peut en empêcher l'exercice au moyen « d'une clause pénale qui aurait pour but de maintenir les « atteintes qu'il y aurait portées. » (Sirey, 1874, I, 479.)

Nous avons reproduit, sans les affaiblir et sans en dissimuler la gravité, les arguments de la doctrine triomphante. Ils ne nous paraissent cependant pas absolument convaincants, et nous allons présenter, en quelques mots, nos raisons de douter.

Il n'y a pas lieu d'insister longtemps sur la première considération. L'article 917, dit-on, pourrait bien être opposé par les réservataires aux donataires et légataires, mais non par les donataires et légataires aux réservataires. Est-ce bien là la pensée de la Cour? Nous ne le croyons pas. Il y a dans notre article une arme à deux tranchants. Elle peut servir à tout le monde : aux donataires et légataires, aussi bien qu'aux héritiers à réserve. N'oublions pas que les auteurs de l'article 917 ont voulu empêcher le réservataire d'avoir une part supérieure à sa réserve, au mépris des volontés du père de famille. Peut-être les expressions traduisent-elles mal la pensée du rédacteur de l'arrêt. On a probablement voulu rappeler qu'aux libéralités de nue propriété l'article 917 était inapplicable, selon la jurisprudence inaugurée en 1858; et qu'alors, s'il était loisible au réservataire d'exécuter le testament ou d'abandonner le disponible en propriété, il n'était pas permis au légataire de réclamer ou ce disponible ou les libéralités contenues dans le testament. Mais réduit à ces termes l'argument devient étranger à la question débattue. Il ne s'agit pas, en effet, actuellement de déterminer l'étendue d'application de l'article 917. Il faut se prononcer sur la validité de la disposition subsidiaire.

Avec le second argument mis en avant par les arrêts, nous entrons franchement dans la controverse. Or, ce second argument ne nous semble nullement irrésistible. Tout d'abord n'est-il pas étrange de prononcer la nullité absolue d'une

Digitized by Google

clause pénale attachée à une disposition principale qui n'est pas entachée de nullité, et n'est que réductible? Il arrive, dans le parti qu'adopte la Cour, que la disposition accessoire est plus sévèrement traitée que la disposition principale. On admet, en effet, que celle-ci peut recevoir son exécution au moins partielle, tandis que celle-là est, de tous points, inefficace. Toutefois, nous ne nous arrêterons pas à cette considération, car elle n'aboutirait à rien de moins qu'à faire déclarer parfaitement valables toutes les clauses pénales dont seraient accompagnées des dispositions entamant la réserve.

C'est en nous plaçant à un autre point de vue que nous aurions admis la légitimité des dispositions contestées. Il nous semble qu'elles se réduisent à une alternative imposée à l'héritier réservataire : ou abandonner aux légataires la nue propriété de toute la succession, ou leur délivrer toute la quotité disponible en pleine propriété. Le testateur montrait très-clairement qu'il préférait que sa fille optât pour l'exécution du legs de nue propriété; mais enfin il ne l'y obligeait pas, puisqu'il lui donnait le droit de se libérer d'une autre manière. Dès lors, n'était-il pas naturel d'appliquer à la situation présente les principes des obligations alternatives?

Aux termes de l'article 1172 du Code civil, l'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être l'objet de l'obligation. Les choses dues étaient en effet l'une et l'autre *in obligatione;* et si l'une d'elles doit être écartée en raison de son caractère illicite, l'autre n'en continue pas moins à être due. M. Domolombe fait à ce propos la remarque suivante : « Il importe, dit-il, de vérifier le caractère de la con-« vention, afin d'empêcher que les parties ne déguisent, sous « l'apparence d'une obligation alternative, une obligation « illicite principale, dans laquelle la prétendue alternative « ne serait qu'une clause pénale accessoire destinée à en ga-« rantir l'exécution. » (*Traité des contrats*, t. III, p. 10, n° 11.) Et un peu plus loin il propose, comme criterium destiné à faire découvrir la réelle intention des parties, le plus ou moins d'évidence de l'illégalité de la disposition illicite. Or, en se plaçant dans cet ordre d'idées, il est bien permis de dire que le caractère illicite du legs de nue propriété n'appa-

Digitized by Google

raissait pas d'une manière saisissante et irrésistible. La jurisprudence, qui a jusqu'ici prévalu sur l'interprétation de l'article 917, n'est peut-être pas définitive, et des changements d'opinion se sont produits sur des questions moins douteuses.

On peut, au surplus, se demander quel parti aurait pris la Cour suprême si le testateur, modifiant l'ordre de ses dispositions, s'était exprimé de la manière suivante : « Je lègue à « mes cinq petits-enfants mon disponible le plus fort, ne « voulant laisser à ma fille que sa réserve. Toutefois, si ma « fille le préfère, elle pourra se libérer envers mes légataires, « en leur délivrant la nue propriété de tous mes biens. »

La clause eût alors été incontestablement valable; et l'héritière réservataire se serait bien trouvée dans la nécessité d'exercer son choix. Comment se pourrait-il que la simple interversion des phrases eût une aussi décisive influence sur la validité des dispositions?

Ici l'on nous arrête : il faut prendre les dispositions telles qu'elles ont été faites et dans l'ordre suivant lequel elles se sont présentées. Il y a une disposition principale qui tombe sous le coup de la réduction. L'action en réduction doit être libre de toute entrave. Cependant, cette liberté va se trouver sérieusement compromise, si l'on admet l'efficacité de la seconde disposition. Le réservataire n'osera pas agir, et de plus, il sera porté à se contenter de l'usufruit qui lui est légué et laissera ainsi les biens sortir de la famille. Il s'en tiendra à un usufruit qui augmente ses jouissances personnelles, acceptera une valeur éphémère et intransmissible, et sa famille, riche pendant sa vie, tombera dans la gêne après sa mort.

Voici notre réponse : L'action en réduction n'est pas entravée dans son exercice. Elle l'est si peu, que l'enfant n'a qu'un mot à dire et il obtient toute sa réserve en pleine propriété. Que peut-il désirer de plus? On semble craindre qu'il ne sacrifie l'avenir de sa famille, afin de jouir du présent. Mais, en agissant ainsi, il ne fait qu'user de son droit de propriétaire. Ne pouvait-il pas répudier sa réserve, renoncer à son action en réduction? D'autre part, fort souvent, la combinaison du testateur sera un acte de prudence, inspiré par l'intérêt bien entendu du réservataire et de sa famille. C'est

Digitized by Google

ainsi que, dans l'espèce qui a été soumise à la Cour de cassation, le père avait assuré à ses cinq petits-enfants tout son patrimoine, en réservant à sa fille des revenus plus considérables que ceux qu'elle aurait eus avec sa réserve seule.

Placerons-nous enfin la question sur le terrain de l'équité? Nous serons encore plus forts, et notre solution s'imposera de plus en plus à l'esprit. Nous sommes en présence d'un disposant qui n'a voulu, à tout événement, laisser à son héritier réservataire que le montant exact de sa réserve, rien de plus, mais rien de moins. Aucun doute n'est possible. La volonté du testateur est trop énergiquement exprimée. Et qu'arrive-t-il, dans le système de la Cour? L'enfant obtient précisément une part supérieure à sa réserve, tandis que l'étranger reçoit une portion inférieure à la quotité disponible. On peut, à la rigueur, se soumettre à ce résultat, quand le disposant n'a fait qu'un legs de nue propriété ; car alors ce disposant a fait ce qui ne lui était pas permis, et n'a pas fait ce que la loi lui permettait de faire. Mais ici la situation est toute différente. Le défunt a parlé. Pourquoi mépriser aussi ouvertement ses dernières volontés?

Telles sont les raisons qui nous porteraient à conclure, contrairement à la solution consacrée par l'arrêt du 6 mai 1878, en faveur de la validité des clauses contestées.

CH. TESTOUD.

LE SÉQUESTRE DES BIENS DES CONTUMAX.

Par M. Henri PASCAUD, juge d'instruction à Sancerre.

On sait que notre législation criminelle appelle contumax les individus coupables de crimes qui se dérobent par la fuite à une comparution devant la justice. La loi édicte des mesures coercitives pécuniaires pour les contraindre à se représenter, elle séquestre leurs biens et charge la régie des domaines de les administrer. C'est de cette administration que nous allons nous occuper exclusivement : nous étudierons ce qu'étaient les mesures pécuniaires qui frappaient le contumax avant le régime actuel et ce qu'elles sont aujourd'hui. Les nombreuses condamnations par contumace prononcées durant ces dernières années donnent à ce sujet un assez vif

Digitized by Google

intérêt. D'un autre côté, il s'y rattache parfois des questions de droit civil que la jurisprudence n'a point eu encore à trancher.

I

De tout temps, même dans les législations qui posaient en principe que l'on ne pouvait pas condamner à des peines criminelles un citoyen en son absence, on a eu recours à des mesures pécuniaires pour contraindre le coupable à se présenter devant la justice. C'est ainsi qu'à Rome [1], dans le dernier état du droit, les juges rendaient une sentence pour signaler le contumax aux gouverneurs de province et pour l'appeler en jugement. Un délai d'une année lui était imparti pour se présenter à partir du jour où la sentence avait été rendue publique. Si l'absent se représentait avant l'expiration de l'année, tous ses droits restaient intacts; en cas de décès pendant cette période, il transmettait librement ses droits à ses héritiers. Mais s'il ne comparaissait pas au bout d'un an, la loi supposait qu'il avait connu l'appel qu'on lui adressait et qu'il refusait d'obéir. Aussi punissait-elle cette désobéissance par la confiscation de tous ses biens. Le fisc s'emparait de la fortune du contumax, et, s'il était arrêté plus tard, ni sa présence, ni même un acquittement proclamant son innocence n'anéantissaient cette prise de possession. Certes, on peut s'étonner de voir de pareilles rigueurs consacrées par une législation si respectueuse, sous d'autres rapports, des droits de défense des contumax. Même sous un régime qui admettait la confiscation comme peine, cette prise de possession des biens du contumax ne pouvait se justifier. Elle ne résultait pas en effet d'une condamnation judiciaire. Contraire à l'équité, elle dépassait le but que doit se proposer une législation soucieuse des principes du droit. Sans doute la société peut édicter des mesures coercitives pécuniaires contre les contumax pour les forcer à se présenter devant la justice. Mais ces mesures ne doivent avoir d'autre effet que de les priver momentanément de leurs ressources et de les contraindre par la misère à subir la peine de leurs crimes.

[1] Nous devons remonter au droit romain, parce que c'est de lui que provient la confiscation des biens ou de leurs revenus si longtemps infligée aux contumax.

Digitized by Google

Aller au delà, s'approprier les biens du coupable qui s'est représenté, c'est commettre une injustice que ni les nécessités de la répression, ni l'intérêt social ne sauraient excuser.

Durant la période gallo-franque et durant la période féodale, les mêmes principes paraissent avoir régi la matière qui nous occupe. Lorsqu'un accusé appelé en jugement ne comparaissait pas, il était assigné jusqu'à trois fois pendant quarante jours, puis il était cité devant le roi. D'après M. Faustin Hélie, « trois témoins devaient affirmer le double fait de l'assignation et de la désobéissance à la loi, et, cette preuve faite, la mise hors la loi, *extra sermonem legis*, était prononcée ». Cette mesure était la seule répression qui pût être infligée aux contumax; suivant cette procédure, nul, en effet, ne pouvait être condamné sans être entendu et par conséquent par contumace. L'accusé absent était l'objet d'un décret de justice qui mettait ses biens sous séquestre, et, au bout d'un an et un jour, les confisquait, s'il n'avait pas comparu. La législation féodale, si féconde en inégalités de toute espèce, apporta un tempérament à cette rigueur au profit des vassaux du roi qui étaient contumax. « Il faut savoir, dit Montesquieu, que quand un homme était cité en jugement et qu'il ne se présentait point ou n'obéissait pas aux ordonnances des juges, il était appelé devant le roi et, s'il persistait dans sa contumace, il était mis hors de la protection du roi et personne ne pouvait le recevoir chez soi ni même lui donner du pain; or, s'il était d'une condition ordinaire, ses biens étaient confisqués; mais s'il était vassal du roi, ils ne l'étaient pas. »

L'ordonnance de 1670 disposait que, quand le décret de prise de corps ne pouvait être exécuté contre un accusé, ses biens étaient saisis sans qu'un jugement fût nécessaire. Si le contumax se representait dans l'année de l'exécution de la sentence criminelle qui le frappait, il obtenait mainlevée de la saisie de ses meubles et immeubles, sous la déduction des frais et amendes auxquels il avait été condamné. Dans le cas de comparution en justice avant l'expiration de cinq ans, il recouvrait ses meubles et les fruits de ses immeubles saisis et annotés, si le jugement de condamnation n'avait pas prononcé la confiscation de ses biens. Si enfin l'accusé ne se représentait qu'après les cinq ans de l'exécution de son ju-

Digitized by Google

gement, les condamnations pécuniaires, amendes et confiscations étaient réputées contradictoires. On ne pouvait les purger que si le roi accordait la faculté *d'ester à droit*. Dans ce cas, si la décision nouvelle qui intervenait prononçait l'acquittement ou n'emportait pas confiscation, le contumax recevait les meubles et immeubles saisis dans l'état où ils se trouvaient, sans pouvoir obtenir la restitution des fruits et revenus des immeubles. Il y avait donc, dans cet ensemble de dispositions, un adoucissement éventuel au sort que la loi faisait au contumax. Mais on ne peut méconnaître qu'il était insuffisant pour satisfaire la justice et l'humanité.

La législation de 1791 modifia radicalement les mesures applicables aux biens des accusés absents. Une ordonnance du président du tribunal criminel portant qu'il sera fait perquisition de la personne du coupable en fuite, publiée pendant deux dimanches consécutifs, et un autre prononçant la déchéance des droits civils ouvraient la procédure de contumace qui se continuait ensuite devant le jury de jugement. Aux termes de l'article 13 du titre 9 du décret du 16 septembre 1791, « pendant tout le temps de la contumace, le produit des biens de l'accusé sera versé dans la caisse du district; néanmoins s'il a une femme et des enfants ou un père et une mère dans le besoin, ils pourront demander, sur les biens personnels de l'accusé, la distribution, à leur profit, d'une somme, laquelle sera fixée par le tribunal civil. » Une instruction des 29 septembre-21 octobre de la même année dit que « pendant toute la vie de l'accusé contumax, ses biens restent saisis au profit de la nation. » Mais il résulte des termes de cette instruction et de l'article 16 du décret et du titre précités, qu'après le laps de temps fixé pour la prescription de la peine, après vingt années, les héritiers pouvaient être envoyés provisoirement en possession des biens du contumax en donnant caution, et qu'après la mort de l'accusé légalement prouvée ou après cinquante ans à partir du jugement, les héritiers avaient droit à la restitution des biens, à l'exception des fruits. Ainsi, plus de confiscation des biens, plus d'inégalités dans l'application des mesures pécuniaires contre les accusés absents selon la qualité des personnes. Leurs revenus sont saisis, il est vrai, mais du moins leur capital revient à leurs héritiers.

Digitized by Google

Des secours peuvent être accordés à la famille. Les contumax ont en outre la faculté de se présenter en justice, tant qu'ils n'ont pas prescrit leur peine et d'anéantir ainsi, pour la plus grande partie, les conséquences des mesures pécuniaires dont il est l'objet. Ces dispositions, bien qu'elles ne soient pas encore conformes de tout point à l'équité, permettent de constater quels progrès avaient été accomplis depuis l'ordonnance de 1670.

La législation révolutionnaire ne devait pas aller plus loin dans cette voie. Un décret du 4 thermidor an II enjoignit à l'accusateur public d'adresser à l'agence des domaines nationaux, le lendemain de sa publication, l'ordonnance du président du tribunal criminel portant que l'accusé absent était rebelle à la loi, déchu du titre et des droits du citoyen, et que ses biens demeureraient séquestrés, au profit de la République pendant tout le temps de sa contumace. L'article 14 dispose que « tous les fruits, revenus et produits qui seront, en exécution de l'ordonnance mentionnée en l'article 4, perçus par les receveurs des droits d'enregistrement et par eux versés dans les caisses du district, appartiendront irrévocablement à la république, sauf les secours à accorder à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin. — Ces secours seront réglés par le Corps législatif. » Les prescriptions des lois de 1791 sur la restitution des biens du contumax à ses héritiers légitimes étaient intégralement reproduites. Plus tard, le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, dans le titre 9 intitulé : *Des contumaces,* édicta les mêmes dispositions (art. 465, 475, 478 et 482).

Il était réservé au Code d'instruction criminelle de 1808, d'appliquer enfin les véritables principes aux mesures pécuniaires prises contre les accusés absents pour les forcer à se représenter. L'ordonnance du président des assises ou du président du tribunal du chef-lieu de département qui le remplace légalement, portant que l'accusé doit se représenter dans un délai de dix jours, sinon qu'il sera déclaré rebelle à la loi, suspendu de l'exercice de ses droits de citoyen et que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction de la contumace, est adressée par le procureur général ou son substitut au directeur des domaines et droits d'enregis-

Digitized by Google

trement du domicile du contumax. Aux termes de l'article 471 du Code d'instruction criminelle, « si le contumax est condamné, ses biens seront, à partir de l'exécution de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absent; et le compte du séquestre sera rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace. » Ainsi la confiscation des revenus est abolie; le contumax est temporairement privé de ses biens et de leurs produits dans un intérêt d'ordre public, pour le contraindre par la famine en quelque sorte à se présenter devant la justice de son pays et, à y être contradictoirement acquitté ou condamné. L'humanité, l'équité, la sécurité sociale sont ainsi satisfaites à notre sens. Des secours peuvent être accordés à la femme, aux enfants au père ou à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin. Ces secours sont réglés par l'autorité administrative, par le préfet.

D'excellents esprits contestent l'efficacité et la justice du séquestre. M. Bérenger, dans son ouvrage sur la justice criminelle en France, formule les plus vives critiques contre cette mesure : « l'expérience, en est faite dit-il, les jugements par contumace ne procurent à la justice aucune satisfaction véritable. Jamais la saisie de biens, jamais la honte d'une condamnation provisoire n'ont rappelé l'homme qui a eu des raisons de fuir; jamais les considérations, quelque impérieuses qu'elles soient, n'ont touché celui qui, par son retour, se serait cru exposé à des peines afflictives ou infamantes. Cette partie de notre législation est donc superflue, puisqu'elle est inutile et sans objet. Elle est injuste, puisquelle autorise la condamnation d'un homme qui n'est point entendu. Elle est barbare, puisqu'elle punit une famille non-seulement d'un crime qui lui est étranger, mais souvent des frayeurs d'un innocent. » Nous ne saurions partager les appréciations de l'éminent criminaliste. Les exemples d'accusés venant volontairement purger leur contumace sont assez nombreux pour démontrer que le séquestre n'est pas inutile. Sans doute les intérêts de la famille peuvent souffrir par suite de l'application de cette mesure, mais n'en est-il pas de même toutes les fois que les intérêts privés se trouvent en conflit avec l'ordre public? La société, nul ne saurait le contester, a des droits qu'elle ne peut abdiquer sans péril pour

Digitized by Google

elle-même, quels que soient les dommages individuels qui résultent de leur exercice. A cette situation, nous ne voyons donc d'autre remède qu'une large allocation de secours, lorsque les demandes seront justifiées, et nous sommes convaincu que l'administration sait d'ordinaire s'inspirer d'idées libérales en pareille occurence.

Aujourd'hui cependant l'opinion de M. Bérenger a prévalu dans certaines législations contemporaines. C'est ainsi que le Code d'instruction criminelle autrichien de 1873 n'édicte aucune mesure pécuniaire contre le contumax.

II

La séquestration des biens du contumax est générale et absolue. Elle s'étend à tous les biens mobiliers ou immobiliers, aux créances, aux rentes, à tous les titres et valeurs quelconques que possède l'accusé absent. Le séquestre est apposé sur les biens dès l'expiration du dixième jour accordé au contumax par l'ordonnance du président des assises pour se représenter; il a lieu en vertu de cette ordonnance même, sans qu'il soit nécessaire qu'un arrêté du préfet intervienne. Avant comme après le jugement de la contumace, c'est la régie des domaines qui administre les biens. Elle procède comme le ferait tout individu chargé de régir des biens, à charge de rendre compte.

A cet effet, l'administration des domaines est tenue de faire apposer les scellés sur les meubles et papiers par procès-verbal du juge de paix, de provoquer l'inventaire du mobilier, de faire dresser un procès-verbal de prise de possession des biens immeubles, de faire notifier par acte d'huissier l'ordonnance de séquestre aux fermiers et débiteurs, de recueillir les successions qui peuvent échoir au contumax, d'affermer ses biens. La location de ces biens a lieu devant l'autorité administrative après l'apposition d'affiches et la confection d'un cahier des charges. L'administration des domaines ayant mission de soutenir, provisoirement et sauf à rendre compte, tous les droits du contumax, c'est à elle qu'il appartient d'intenter ses actions en justice. Lorsqu'elle a au contraire des prétentions à faire valoir contre l'accusé absent, elle doit provoquer la nomination d'un curateur

Digitized by Google

ad hoc pour le représenter et former contre ce curateur la demande des sommes qui lui sont dues.

Aux termes de l'article 471 du Code d'instruction criminelle, « les biens sont considérés et régis comme biens d'absent. » Par biens on doit entendre ce qui excède le montant des dettes, conformément à l'adage : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Lors donc qu'une dette est dûment établie, elle doit être acquittée sur la demande du créancier, le séquestre ne pouvant nuire à ses droits. Mais la régie des domaines ne doit solder cette dette qu'en vertu d'un jugement, quand elle n'est pas constatée par acte authentique, et en ce cas, les frais de la procédure sont employés en frais de séquestre. De ce que les biens du contumax sont régis comme biens d'absent découle cette conséquence que, s'il y a lieu de vendre le mobilier en tout ou en partie, les préposés des domaines seront tenus de faire autoriser la vente par le tribunal et de procéder conformément à l'article 126 du Code civil. Mais il ne résulte pas des termes de la loi que les biens des contumax soient assimilés entièrement à ceux des absents. Ces derniers ne sont pas privés de l'exercice de leurs droits, tandis que le contumax en est complétement dépouillé. D'autres différences caractéristiques existent encore entre les biens de l'absent et ceux du contumax. La régie des domaines ne pourra, à aucune époque, nous ne dirons pas obtenir l'envoi en possesion provisoire, cela va de soi, mais jouir des avantages accordés aux envoyés en possession par l'article 127 du Code civil. D'après cette disposition, l'envoi en possession provisoire a des effets pécuniaires qui varient selon le temps plus ou moins long qui s'est écoulé depuis la disparition de l'absent. S'il reparaît avant quinze ans révolus, on ne lui doit compte que du cinquième de ses revenus, après quinze ans accomplis que du dixième. Au bout de trente ans d'absence, la totalité des revenus appartient aux envoyés en possession. Cette dissemblance de situation entre ceux qui ont obtenu l'envoi en possession et l'administration des domaines est toute naturelle. Les premiers sont les héritiers présomptifs, les continuateurs de la personne de l'absent, les ayants cause de celui-ci qui est leur auteur. La régie des domaines ne saurait prétendre à toutes ces qualités. C'est à titre de séquestre

Digitized by Google

qu'elle prend possession des biens du contumax et qu'elle les administre. Investie d'une mission d'ordre public, chargée par la loi de gérer les biens et les revenus de l'accusé en fuite pour l'empêcher de se soustraire à l'action de la justice, ce qui lui serait facile, s'il disposait de ses ressources, pour le forcer à venir faire constater publiquement son innocence ou sa culpabilité, elle ne représente que l'État et ne se rattache au contumax par aucun de ces liens intimes qu unissent les envoyés en possession à l'absent. Dépositaire des biens qu'elle gère, l'administration des domaines ne peu réclamer que les dépenses dûment faites pour la conservation du dépôt qui lui est confié. De ces considérations, il faut donc conclure que l'administration des biens des contumax a lieu suivant les formalités prescrites pour les biens des absents, mais que ces deux espèces de biens n'ont pas une nature identique. Telle est la seule interprétation rationnelle de l'article 471 du Code d'instruction criminelle.

Le séquestre prend fin soit par la mort du contumax, soit par l'expiration du délai de vingt années qui constitue la durée de prescription des peines criminelles, soit par un acquittement ou une condamnation contradictoire, quand l'accusé en fuite est repris ou purge volontairement sa contumace. L'administration des domaines doit alors rendre compte à qui de droit des fruits et revenus qu'elle a perçus. Dans le premier cas, c'est aux héritiers du contumax que ce compte est rendu, dans le second, c'est au contumax lui-même depuis l'abolition de la mort civile qui était encourue, on s'en souvient, cinq ans après l'exécution par effigie. En dernier lieu enfin, la régie des domaines peut avoir à compter, soit avec le tuteur donné au condamné en cas d'interdiction légale, si celui-ci voit prononcer contre lui une peine afflictive ou infamante, soit avec le condamné lui-même, s'il est reconnu innocent on n'encourt qu'une peine d'emprisonnement. Si une demande en main-levée de séquestre est intentée, c'est aux tribunaux et non à l'autorité administrative qu'il appartient d'en connaître.

Voici de quelle façon le compte est rendu. Ce compte est dressé par le receveur des domaines de la régie des biens, puis visé par le directeur, après vérification, et reçu par les parties qui doivent le joindre à la demande en restitution qu'elles

Digitized by Google

présentent au ministre des finances. La liquidation des sommes à restituer est faite tout d'abord par le préfet, sur le rapport et l'avis du directeur des domaines; l'arrêté de liquidation en forme d'avis est ensuite soumis avec les pièces au ministre des finances. Le payement des sommes à restituer est effectué, après décision, par le receveur des domaines, sur mandats délivrés par le directeur. Dans le compte à rendre, on doit porter en dépenses les frais de justice liquidés par l'arrêt de condamnation, les droits de timbre et d'enregistrement des procès-verbaux de prise de possession, d'apposition et de levée de scellés, de l'inventaire; y doivent être également compris les honoraires payés aux officiers ministériels pour les actes susvisés, les frais de signification aux fermiers et débiteurs du contumax, le timbre des bordereaux et les droits d'inscription hypothécaire, les frais de régie à 5 p. 100, le visa pour timbre et l'enregistrement du compte, les frais de procédure de toute nature, les contributions, etc. Si le préposé des domaines a fait des dépenses qui ne soient pas acquittées au moment de la reddition du compte, on les porte à la suite du chapitre des dépenses et on les fait liquider en même temps qu'on procède à la liquidation du reliquat du compte du contumax.

Nous avons vu que l'administration des domaines doit payer les dettes de l'accusé absent, lorsqu'elles sont bien constatées. Mais, comme elle remplit une mission d'intérêt social, les tribunaux doivent appliquer rigoureusement les prescriptions sévères du Code civil concernant les preuves. Si l'on agissait autrement, on verrait les amis trop complaisants du contumax, à l'aide de pièces antidatées, feindre d'être débiteurs de sommes qui, en dernière analyse, pourraient être remises à ce dernier. Ainsi se trouverait éludée la coercition pécuniaire que l'État veut exercer contre l'accusé absent. Il faudra donc que tous les titres produits en justice aient date certaine et soient dans les conditions exigées par les articles 1322 et 1328 du Code civil.

L'article 1322 dispose que l'acte sous seing privé a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique. Aux termes de l'article 1328, « les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour

Digitized by Google

de la mort de celui ou de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés et d'inventaire. » La régie des domaines est-elle un tiers ou un ayant-cause? La jurisprudence a eu rarement à s'occuper de cette question; nous ne connaissons qu'un seul jugement qui l'ait tranchée. C'est donc à la lumière des principes qu'il faut l'examiner. L'ayant cause est celui qui tire du souscripteur de l'acte constatant l'obligation, la cause de son droit. Il y a des ayants cause à titre universel qui sont les continuateurs de la personne et succèdent à tous ses droits, à toutes ses obligations. De ce nombre sont les héritiers, les donataires et légataires universel ou à titre universel. Il existe aussi des ayants cause à titre particulier, tels que les acheteurs, les échangistes, les légataires ou donataires particuliers. Ceux-là n'ont véritablement cette qualité qu'au regard de ceux qui ont traité avec leur auteur antérieurement à l'époque où eux-mêmes ont contracté. Par rapport à ceux dont les conventions sont postérieures à cette date, ils sont des tiers. L'administration des domaines puise-t-elle ses droits dans la personne du contumax débiteur? Évidemment non. Dépositaire légal des biens de l'accusé absent, elle les gère au nom de l'État qui, ainsi que nous l'avons dit, prive le contumax de ses ressources pour le contraindre à obéir aux ordres de justice. C'est malgré le contumax, c'est contre lui que cette mesure coercitive est prise; la loi seule et non sa volonté exprimée ou présumée l'a établie. On ne peut donc dire que la régie des domaines tire la cause de son droit de l'accusé absent. Il n'est pas plus exact de soutenir que l'article 1328 ne s'applique qu'à ceux qui n'ayant pas été partie aux actes ni par eux-mêmes, ni par leurs auteurs, ont des droits pécuniaires personnels à faire valoir. Les termes de cette disposition sont généraux et absolus. Dès lors, tous ceux qui ont des droits quelconques à défendre, alors même que ces droits auraient exclusivement leur source dans la loi, sont fondés à s'en prévaloir. D'ailleurs, il n'existe pas de situation intermédiaire entre celle du tiers et celle de l'ayant cause. L'administration des domaines n'étant pas un ayant cause, ainsi que nous croyons l'avoir prouvé, est par là même et forcément un tiers.

Digitized by Google

Vainement on argumente de ce que la loi dit que les biens du contumax sont considérés et régis comme biens d'absent. Nous avons démontré que l'assimilation prétendue entre les biens du contumax et les biens des absents n'existe pas et que la disposition légale qu'on invoque ne se réfère qu'aux formalités qui doivent être suivies par l'administration. Nous ne reviendrons pas sur ce sujet qui nous paraît épuisé.

On aboutit aux conséquences les plus étranges, les plus iniques même dans le système qui fait de la régie des domaines l'ayant cause du contumax. Le but de la loi, les intentions du législateur, avons-nous dit, sont de la sorte entièrement méconnues. Il nous reste à démontrer que l'intérêt du contumax, l'intérêt du créancier même peuvent gravement souffrir de cette doctrine erronée. Dans le cas où une obligation a été souscrite sous seing privé, il peut arriver que le contumax l'ait acquittée sans se faire remettre l'acte qui la constate et en se bornant à retirer une quittance qu'il a gardée par devers lui et qu'en conséquence on n'a pas trouvée dans ses papiers. Il sera donc condamné sous le nom et l'intermédiaire de l'administration des domaines à payer une seconde fois. Nous sommes disposé à reconnaître que cette hypothèse se présentera rarement. En voici une qui sera plus fréquente. S'il n'y a aucun écrit établissant la dette, s'il s'agit par exemple de fournitures supérieures à 150 francs et uniquement prouvées par les registres du commerçant qui les a faites, le créancier n'aura aucun moyen de se faire rembourser. Comme il se trouvera en face de l'administration des domaines, débiteur *sui generis* qui exigera des preuves, qu'il n'y aura dans l'affaire aucun fait personnel à ce débiteur, le malheureux ne pourra ni lui déférer le serment, ni le faire interroger sur faits et articles, ni l'appeler par voie de comparution personnelle à fournir ses explications en audience publique. Il devra donc forcément succomber dans sa demande et comme il a affaire à un ayant cause, ce qui est jugé avec cet ayant cause le sera également au regard de l'auteur. Conséquence inique ! Il ne pourra se faire rembourser plus tard que si le contumax de bonne foi consent à payer cette dette, désormais dette naturelle et partant dépourvue de toute sanction civile. Un système qui produit de pareils résultats est condamné.

Digitized by Google

Sans doute la doctrine contraire n'est pas exempte d'inconvénients, mais il faut reconnaître qu'ils sont bien moins considérables. Pour obtenir le payement de certaines dettes, on sera contraint d'attendre la levée du séquestre et la reddition du compte soit au contumax, soit à son tuteur légal, soit à ses héritiers. Cette attente peut durer vingt ans au maximum. Il en résultera peut-être des pertes d'intérêts. C'est là une conséquence à laquelle le créancier ne peut guère échapper. Toutefois, mieux vaut perdre les intérêts que le capital. Ainsi donc, ni l'ordre public, ni les intérêts privés ne reçoivent satisfaction dans l'hypothèse où la régie des domaines est considérée comme l'ayant-cause du contumax.

En dépit de ces considérations dont on ne peut contester la force, un tribunal du centre de la France a résolu la question dans un sens défavorable à l'administration des domaines. Son jugement a été rendu, le 5 mars 1877, dans des circonstances de fait et de droit que le texte fait suffisamment connaître.

Le tribunal — « attendu que Dumaige demande que l'ad-
« ministration de l'enregistrement et des domaines soit con-
« damnée en qualité de séquestre des biens de Ferdinand
« Gambon à lui payer une somme de 9,435 fr. 94 c., savoir :
« 1° 1,175 fr. 80 c., montant d'un payement qu'il a effectué
« pour le compte de Gambon au sieur Genichek, tailleur de
« ce dernier à Paris;... (Le reste sans intérêt.)

« Attendu que l'administration de l'enregistrement et des
« domaines repousse les conclusions de Dumaige en se fon-
« dant sur ce que devant être considérée comme un tiers,
« aux termes de l'article 1328 du Code civil, et non comme
« l'ayant cause de Gambon, les actes produits par le de-
« mandeur pour servir de base à ses prétentions, n'ont ac-
« quis, quant à elle, date certaine que par leur enregistrement
« le 1er août 1876, c'est-à-dire à une époque ou Gambon con-
« tumax ne pouvait plus, par ses engagements, porter at-
« teinte au régime auquel sont assujettis ses biens depuis
« leur mise en séquestre;

« Attendu qu'il est certain que si Gambon avait souscrit
« en réalité les actes produits par Dumaige le 1er août 1876,
« l'administration serait bien fondée dans sa résistance,

Digitized by Google

« puisqu'il est impossible d'admettre qu'un contumax qui « ne peut plus disposer directement de ses biens puisse ar- « river indirectement à ses fins en créant sur ces mêmes « biens un gage actuel au profit de ses créanciers, mais que, « ces prémisses exposées, reste intacte la question de savoir « si la date du 1er août 1876 doit être considérée comme étant « la véritable au regard de l'administration, ou, si au con- « traire elle doit accepter comme sincères quant à elles les « dates inscrites sur les actes produits, en d'autres termes « si elle figure au procès en qualité de tiers (art. 1328 C. civ.) « ou comme étant l'ayant cause de Gambon;

« Attendu que les tiers dont parle l'article 1328 du Code « civil sont ceux qui n'ont pas été partie aux actes sous seing « privé ni par eux-mêmes ni comme étant aux droits des « signataires; que le seul but de la loi est d'empêcher qu'un « contrat puisse nuire à ceux qui n'ont pas été appelés à en « contrôler la sincérité et dont les droits ne peuvent être « modifiés au gré des contractants;

« Attendu qu'il n'est pas exact de prétendre que l'admi- « nistration ait des droits à faire valoir contre Gambon dans « le sens de l'article 1328 du Code civil, c'est-à-dire un re- « cours pécuniaire à exercer contre lui, qu'à la vérité on « peut dire qu'elle a pour mission de faire respecter les con- « ditions du séquestre et que cette mission est d'ordre pu- « blic, puisque la contrainte exercée contre les contumax a « pour but de vaincre leur résistance aux ordres de justice, « mais qu'il est également d'ordre public que leurs débiteurs « payent leurs dettes et que, ces deux intérêts mis en pré- « sence, il s'agit de rechercher lequel des deux doit l'em- « porter; qu'il serait extrêmement rigoureux que des actes, « valables au regard de celui contre qui ils devraient être « invoqués, pussent cesser d'avoir tout à coup leur effet par « la faute de celui-ci;

« Que l'article 471 du Code d'instruction criminelle dit « positivement que « les biens du contumax seront consi- « dérés et régis comme biens d'absent », que partant, l'ad- « ministration remplit dans la circonstance le rôle des en- « voyés en possession provisoire; que personne n'admettrait « qu'un envoyé en possession provisoire pût opposer comme « fin de non recevoir à la demande d'un créancier de l'ab-

Digitized by Google

« sent qu'il n'est qu'un tiers à l'égard de celui-ci et non son « ayant cause, qu'il est évident au contraire qu'il a pour « mission légale de représenter l'absent et de gérer ses af- « faires comme celui-ci le ferait, si sa volonté ne le retenait « ailleurs, que même, dans l'espèce, l'administration n'est « pas *stricto sensu* l'ayant cause de Gambon, qu'aucun des « droits de celui-ci ne s'est détaché de sa personne pour le « profit de l'administration, qu'il est plus exact de dire « qu'au regard des créanciers elle est Gambon lui-même ;

« Attendu qu'il n'y a point à s'arrêter à cette objection « que le système adopté par le présent jugement offrirait « dans tous les cas au contumax la possibilité, par le moyen « des antidates, d'arriver à ce que les engagements produi- « sissent effet sur ses biens, que le séquestre aurait toujours « la faculté d'arguer de la fraude, mais que cette démonstra- « tion doit rester à sa charge, et que, s'il ne la fait pas, il « doit accepter comme sincères les titres qui lui sont op- « posés, qu'il serait souverainement injuste que la simple « possibilité d'une fraude pût renverser les droits les mieux « acquis ;

« Attendu que l'administration, outre la critique générale « qui vient d'être discutée, en a encore élevé d'autres spé- « ciales aux titres dont se prévaut Dumaige et qui tendraient « à démontrer que celui-ci ne satisfait pas aux conditions de « l'article 1315 du Code civil et ne prouve pas les obliga- « tions dont il réclame l'exécution ; — En ce qui concerne « la somme de 1,175 fr. 80 c., montant d'un payement ef- « fectué par Dumaige pour le compte de Gambon au sieur « Genichek, son tailleur à Paris ; — Attendu qu'aucune jus- « tification n'est produite à cet égard, et que de ce chef, il « y a lieu de repousser la demande ;

« Par ces motifs, jugeant en matière ordinaire et en pre- « mier ressort, déboute Dumaige de sa demande relative « au remboursement de la somme de 1,175 fr. 80 c. qu'il « aurait payée au tailleur Genichek, condamne l'administra- « tion des domaines comme séquestre des biens du contumax « Gambon... » (Suit l'énumération des diverses sommes réclamées par Dumaige.)

Il est à regretter que la Cour d'appel n'ait pas été saisie de l'examen de cette question. H. PASCAUD.

Digitized by Google

ADMINISTRATION PAR LE PÈRE DE FAMILLE DES BIENS DE SES ENFANTS MINEURS DURANT LE MARIAGE,

Par M. Lespinasse, premier avocat général près la Cour de Pau.

Peu de questions sont plus controversées que celle de savoir à quelles règles cette administration est soumise. Nous avons toutefois de la peine à comprendre les dissidences d'opinions qu'elle soulève, tant elle nous paraît clairement résolue par le texte même de la loi.

Trois systèmes sont en présence, et chacun d'eux peut revendiquer l'appui d'autorités considérables.

Le premier, soutenu par Zachariæ (t. I, p. 406), n'assujettit l'administration du père de famille à aucune condition particulière.

Le deuxième, qu'expose Marcadé (t. II, n° 155), ne dispense le père que de l'assistance du conseil de famille et le soumet à l'autorisation du tribunal toutes les fois que le tuteur serait obligé d'y recourir. Telle est aussi l'opinion de Fréminville (*Minorité et tutelle*, t. I, liv. II, n° 3), d'Oudot *Droits de famille*, p. 199), de Bertin (*Chambre du conseil*, t. I, n° 613).

Enfin, d'autres commentateurs, et notamment Aubry et Rau (t. I, p. 448) et Demolombe (n° 446), assimilent de tous points l'administration du père à celle du tuteur.

Il nous semble facile d'établir que la seule solution juridique est celle qui reconnaît au père un *droit d'administration* libre de toute entrave de la part d'un conseil ou d'un surveillant quelconque.

Que porte, en effet, l'article 389 du Code civil? Que le père, durant le mariage, administre les biens personnels de ses enfants mineurs; qu'il est responsable envers eux quant à la propriété, et qu'il leur doit compte des revenus si la loi ne les lui attribue point.

L'article 390 achève de manifester la pensée du législateur par cette déclaration si nette : « La tutelle du père ou de la mère ne commence qu'à la dissolution du mariage. »

Le premier texte, il est vrai, aurait pu être plus développé, mais, dans son laconisme, il contient tout ce qui est

Digitized by Google

nécessaire pour prévenir toute équivoque; il confère, en effet, au père de famille l'administration pleine et entière, excluant par son silence tout concours étranger. Ne serait-il pas contraire aux principes les plus élémentaires du droit d'y introduire une restriction que sa contexture repousse?

Veut-on rechercher dans les travaux préparatoires du Code civil de quelles idées se sont inspirés ses rédacteurs? Elles sont si clairement exprimées dans les procès-verbaux que nous ont transmis Locré et Fenet qu'il est impossible de les méconnaître. La véritable question qui se posait alors, la même que nous examinons en ce moment, était celle de savoir si l'on pouvait assimiler l'administration paternelle à celle du tuteur.

La distinction profonde entre les deux gestions était si indubitablement admise dans le droit romain et dans notre ancien droit français écrit ou coutumier, que les rédacteurs du projet n'avaient pas cru devoir même la mentionner. Le Tribunat pensa, au contraire, qu'il convenait de placer en regard de l'administration tutélaire, soumise à de multiples formalités, le droit pur et simple du père de famille de gérer, durant le mariage, les biens de ses enfants mineurs. Voici quelques-uns des motifs sur lesquels il fondait l'opportunité d'une déclaration expresse à ce sujet : « Le premier article du chapitre de la Tutelle, disait le rapporteur, « doit énoncer en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport à ses enfants mineurs. « Jamais le père n'a été réputé tuteur de ses enfants avant « la dissolution du mariage. Si, durant l'union conjugale, « la loi n'admettait pas de différence entre le père et le tuteur, il faudrait donc que le premier fût assujetti aux conditions et aux charges que la loi impose au second; il « devrait être *sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la « dépendance d'un conseil de famille, ce qui répugne aux principes constamment reçus.* Jusqu'à la dissolution du mariage, « le véritable rôle du père est celui d'administrateur. »

Dans l'exposé des motifs, on lit également ce passage remarquable : « Tout mineur n'est pas nécessairement en tutelle; celui dont les père et mère sont vivants, trouve en « eux des protecteurs naturels; et, s'il a quelques biens « propres, l'administration en revient au père. La tutelle

Digitized by Google

« commence uniquement au décès du père et de la mère, « parce que, perdant alors un des soutiens que lui donnait « la nature, le mineur réclame par cela même une protec- « tion plus spéciale. »

L'esprit de la loi aussi bien que son texte exclut donc toute idée d'une surveillance ou d'un contrôle, soit de la part d'un subrogé tuteur, soit de la part du conseil de famille, comme le dit en termes exprès le rapporteur du Tribunat.

Si l'on s'étonnait de l'extrême latitude accordée au père par la loi, ce ne pourrait être que faute de réflexion suffisante. Qu'est-ce, en effet, que le conseil de famille, dont l'intervention paraît si importante aux partisans du système opposé au nôtre? Une réunion de parents, quelquefois très-éloignés, ou d'amis (et l'on sait combien ce titre est facile à porter), qui sont appelés à donner leur avis sur les intérêts des mineurs. Pour peu que l'on connaisse la physionomie habituelle de ces réunions, on doit savoir quel sentiment d'indifférence y préside, à moins que, par une exception plus regrettable encore, la passion ne vienne s'y mêler. Est-ce que les mineurs n'ont pas, tant que le mariage subsiste, une sauvegarde autrement attentive que celle de ces équivoques soutiens? La mère n'est-elle pas incessamment à portée d'intervenir pour faire entendre en leur faveur ses observations? Sa tendresse ne lui fait-elle pas souvent pressentir, par une merveilleuse intuition, les moindres dangers d'une gestion aventureuse? Si le législateur se défie avec raison de l'excessive déférence de la femme envers le mari quand elle n'a à défendre que ses intérêts personnels, il ne pouvait avoir la même crainte lorsque l'intérêt des enfants est en jeu. Or, quand le père et la mère sont d'accord pour accomplir un acte de *simple administration*, ne serait-il pas étrange de venir leur opposer la contradiction de cinq ou six parents ou amis, recrutés presque au hasard selon le tableau des distances?

A un point de vue plus élevé, que deviendrait l'autorité paternelle devant l'obstacle que pourrait à chaque instant élever contre son exercice le plus naturel, une autorité rivale?

Ainsi la question est résolue, dans ce qu'elle a de plus in-

Digitized by Google

time, par une différence totale entre les deux gestions qu'on essaie de confondre. Arrêtons-nous cependant encore un instant sur ces dissemblances.

La garantie la plus essentielle que la loi assure aux mineurs contre les abus de la tutelle, est certainement l'hypothèque qu'elle établit de plein droit et sans inscription sur les biens du tuteur. C'est donc à ce signe que l'on doit reconnaître surtout la nature de la gestion dont les biens du mineur peuvent être l'objet. Si l'hypothèque légale n'existe pas, il ne peut être douteux pour personne que l'administration dont nous cherchons le caractère n'est point une tutelle. Or, l'administration par le père de famille durant le mariage est, sans contradiction possible aujourd'hui, affranchie de toute hypothèque.

Déjà il en était ainsi dans le droit romain. La loi 6 au Cod., *De bonis quæ liberis....*, porte : « *Non autem hypo-* « *thecam filiifamilias adversus res patris viventis adhuc, seu* « *jam mortui, sperare audeant.* » Et Cujas commentant cette disposition ajoutait : « *Quæ ab aliis administratoribus exi-* « *guntur a patre desiderari irreverecundum esset.* » Perez sur la même loi, disait aussi : « Nec ejus (patris) bona sunt « tacito pignore filio obligata; — Hoc datum est pateruæ « reverentiæ. »

Notre ancienne jurisprudence était fixée dans le même sens, comme l'atteste Dunod pour le Parlement de Franche-Comté.

Ces traditions ont été fidèlement suivies par nos tribunaux depuis la promulgation du Code civil; en 1821 (3 octobre) la Cour suprême s'exprimait ainsi :

« Attendu que, d'après les articles 2121 et 2135 c'est uni- « quement sur les biens du tuteur que les mineurs ont une « hypothèque légale;

« Que, suivant l'article 390, si durant le mariage le père « est administrateur des biens personnels de ses enfants mi- « neurs, il n'est nullement leur tuteur, et que la tutelle « s'ouvre seulement à la dissolution de l'union conjugale. »

Presque toutes les Cours d'appel ont adhéré à cette doctrine, et tous les auteurs à l'exception d'un seul (Dalloz) l'ont reconnue juridique.

Elle suffirait pour repousser l'argument d'analogie à l'aide

Digitized by Google

duquel on voudrait transporter dans l'administration paternelle toutes les règles de la gestion du tuteur et plus arbitrairement encore, quelques-unes de ces règles, choisies au gré de chaque auteur.

Mais plus on examine la question, plus on voit se multiplier les contrastes entre les deux institutions.

Le tuteur a pour auxiliaire indispensable et même pour surveillant le subrogé tuteur. Or, quand il s'agit de la gestion paternelle, tout le monde reconnaît l'impossibilité d'y introduire ce contrôle.

Les causes de dispense, d'exclusion ou de destitution de la tutelle sont toutes étrangères au père administrateur. — Personne n'est appelé à procéder avec lui à l'inventaire des biens échus à son enfant mineur. Il n'est point déchu de ses créances propres pour avoir omis de les consigner dans cet acte. Rien ne l'oblige à vendre dans certains délais les meubles inutiles à son enfant. Il ne doit pas de plein droit les intérêts des sommes qu'il recouvre et dont il ne fait pas emploi. Le traité antérieur au compte qu'il doit rendre après la majorité ne tombe point sous l'application de l'article 472. Enfin la prescription de dix ans ne court pas contre le mineur relativement à ce compte.

D'autres différences encore pourraient être signalées, mais nous arrêtons-là notre énumération, persuadé qu'elle est plus que suffisante pour montrer combien est inadmissible l'emprunt que l'on voudrait faire des formalités propres à l'une des gestions pour les appliquer à l'autre.

Or, de tous ces emprunts, le plus insoutenable à notre avis serait la haute main d'un conseil de famille. Tout conseil de famille suppose, en effet, une tutelle ou une curatelle, et, comme nous venons de le voir, l'administration du père n'est ni l'une ni l'autre. Le texte de la loi nous a servi à établir ce point d'une manière irréfragable. Nous avons montré de plus par les travaux préparatoires du code civil que l'assistance du conseil de famille avait été nommément écartée de la gestion paternelle. L'opinion de Merlin était tellement prononcée en ce sens, que dans une consultation citée par Dalloz au mot *Priviléges et hypothèques*, p. 288, il qualifiait de *monstruosité* la participation d'un conseil de famille aux pouvoirs du père pendant le mariage. La juris-

Digitized by Google

prudence n'a pas été moins explicite à cet égard que pour l'hypothèque légale. D'après un arrêt de la Cour de Bourges, du 1er octobre 1863 (Sirey, 63, 2, 121), le père n'a nul besoin d'être autorisé par un conseil de famille pour intenter une action relative aux *immeubles* du mineur. Une décision semblable a été rendue par la Cour de Paris le 4 juin 1865 (Sirey, 65, 2, 216). — Le concours d'un conseil de famille a été également condamné par la Cour de Montpellier le 10 mars 1859 (Sirey, 59; 1, 50) relativement à l'envoi en possession d'un *legs universel*. (Même doctrine dans un arrêt de la Cour de Pau du 15 juillet 1865 (66; 2, 278) pour un acquiescement à une décision portant sur des *droits immobiliers*.

Enfin, la Cour de cassation est venu clore cette série de documents par son arrêt du 3 juin 1867, rédigé sans aucun doute par le président Bonjean, car il porte le cachet de son esprit droit et lumineux.

« Attendu, dit la Cour, que les règles de la tutelle ne sont « point applicables en général au père administrant pen- » dant le mariage les biens de ses enfants mineurs; *que no-* « *tamment la loi n'a pas voulu le soumettre à l'intervention et* « *au contrôle d'un conseil de famille, que cela résulte avec évi-* « *dence* des déclarations qui ont accompagné l'introduction « de l'article 389 dans notre code;

« Attendu, dès lors, qu'en décidant que le père avait pu, « sans l'autorisation d'un conseil de famille, acquiescer à un « jugement portant sur des droits immobiliers de sa fille mi- « neure, la Cour de Pau n'a violé ni l'article 389, ni les ar- « ticles 457, 458, 464, 467 du Code civil. »

Deux objections cependant ont été faites à une doctrine qui nous paraît si solidement établie. On a dit : « Aux « termes de l'article 953 du Code de procédure civile, la « vente des immeubles appartenant à des mineurs, ne peut « être ordonnée que d'après un avis des parents. » — Donc, il suffit qu'il s'agisse de biens de mineurs pour que la surveillance en soit dévolue à un conseil de famille et, par conséquent, il doit y avoir un conseil de famille dans toute minorité.

La moindre attention aurait suffi pour prévenir une observation pareille. — Les articles 958 et 962 expliquent en

Digitized by Google

effet qu'il s'agit dans tout ce titre, de *mineurs en tutelle*. Or, nous venons de prouver qu'il n'y a point de tutelle tant que le mariage subsiste.

Un second argument aurait en apparence plus de portée s'il pouvait être appliqué à notre thèse. On nous dit : « Vous « reconnaissez que si le père veut vendre des immeubles « appartenant à ses enfants mineurs, il doit recourir à l'au- « torité de la justice. — Vous soumettez donc sa gestion à « l'accomplissement d'une formalité qui, selon votre sys- « tème, devrait être exclusivement réservée aux agissements « du tuteur. »

On se méprend d'une manière étrange sur le sens de notre opinion. Nous soutenons que, d'après l'article 389, l'administration paternelle est libre *de toute entrave;* mais nous parlons *d'administration* et non *d'aliénation*. — S'il devient nécessaire dans l'intérêt du mineur, de vendre une partie de ses immeubles pour sauvegarder le reste, le père n'a plus aucun pouvoir, car sa mission se borne à administrer.

Que faire alors? Laisser péricliter les intérêts du mineur? Nul n'oserait le proposer! Il faut donc nécessairement recourir à la justice seule investie d'un droit de haute protection sur les intérêts des incapables, afin qu'elle détermine les mesures qui conviennent le mieux à la situation. Mais ce n'est point par un emprunt fait aux règles de la tutelle qu'on procède ainsi, c'est par une nécessité absolue résultant de la nature des choses. Le reproche qu'on nous adresse de faire parmi les règles de la tutelle une sorte de triage porte donc à faux; mais il retombe de tout son poids sur nos adversaires qui en matière *d'administration pure et simple*, tantôt admettent, tantôt repoussent les règles de la gestion tutélaire, sans pouvoir s'accorder entre eux.

Il se produit fréquemment, dans les problèmes un peu compliqués, des termes moyens qui ont la prétention de concilier les avis les plus divers. Dans notre question, on ne peut pas sérieusement nier, quand on ne s'aveugle pas volontairement, que l'assistance d'un conseil de famille ne soit en opposition avec la nature de l'administration paternelle. Mais on essaye timidement une distinction. Ce n'est pas un conseil *permanent* que l'on propose, mais pourquoi n'admettrait-on pas un *conseil accidentel ?*

Digitized by Google

Nous avons de la peine à comprendre le sens de cette distinction. Le conseil de famille n'est jamais permanent. Il est convoqué pour chaque affaire nécessitant sa délibération, et il peut être composé chaque fois d'éléments différents. Si donc on veut imposer son contrôle à l'administration du père, il ne différera en rien de celui auquel la loi soumet le tuteur.

Voudrait-on réduire la paternité à n'intervenir que dans les cas où l'homologation du tribunal serait également requise? Mais ce serait les appeler précisément lorsque leurs concours serait le moins indispensable, car si la justice doit prononcer en définitive, l'importance d'une délibération préalable par le conseil de famille diminue considérablement. Ce prétendu terme moyen serait donc ou l'application pure et simple à l'administration du père, de l'une des conditions qui lui seraient le plus antipathiques, ou une superfétation inspirée par une analogie imaginaire.

Aussi, sommes-nous persuadé que l'arrêt de 1867 mettra un terme à cette longue controverse et ramènera tous les dissidents à l'application sincère et rationnelle de l'article 389.

H. LESPINASSE.

ÉTUDES SUR LES SECONDES NOCES

Par M. Prosper SCHAEFFER, juge au tribunal de Bourgoin.

(*Suite*[1].)

DE LA VALIDITÉ DU SECOND MARIAGE CONTRACTÉ PAR UN ÉPOUX FRANÇAIS NATURALISÉ ÉTRANGER ET DIVORCÉ.

Puisque les étrangers qui ont divorcé sont admis à se remarier en France, les Français naturalisés étrangers doivent jouir du même droit. Les Français, qui ont échangé leur nationalité contre une autre, ne sont plus des Français. Il est naturel, dès lors, qu'ils cessent d'être assujettis à nos lois, et qu'ils soient soumis à celles de leur nouvelle patrie. Si, par conséquent, le pays dont ils font partie admet le divorce,

[1] Voir la livraison de décembre 1878, p. 719.

Digitized by Google

ils pourront, après avoir régulièrement divorcé, se remarier chez nous.

Le mariage et sa dissolubilité sont des matières que le législateur règle en vue de l'ordre public par des considérations morales et politiques, et dont il est toujours libre de modifier le règlement. Le principe de la non-rétroactivité des lois qui garantit l'immutabilité des conventions relatives à des intérêts matériels et pécuniaires, ne saurait lui être appliqué. Or, il faut assimiler le changement de nationalité qui place les époux sous l'empire d'une loi étrangère, à la promulgation d'une loi nouvelle, et reconnaître qu'un mariage qui était indissoluble au moment où il a été formé, peut devenir dissoluble dans la suite, par l'effet d'un changement dans l'état des époux.

L'époux, qui, après s'être fait naturaliser étranger avec son conjoint, contesterait ensuite à ce dernier le droit de divorcer, et de se remarier en France, serait non recevable dans sa demande, par les motifs que nous venons d'indiquer, et, de plus, à raison du consentement qu'il a donné lui-même à la naturalisation. Les époux savaient, lorsqu'ils se sont placés sous l'empire d'une législation qui admet le divorce, à quels risques ils exposaient la durée de leur mariage. Ayant consenti tous deux à substituer le régime de la dissolubilité du mariage à celui de l'indissolubilité, il est juste qu'ils subissent l'un et l'autre les conséquences du changement de nationalité qu'ils ont sollicité en commun.

Pour que des époux français, naturalisés étrangers et divorcés, puissent se remarier en France, il faut, toutefois, que leur naturalisation ait eu lieu de bonne foi, et notamment qu'elle n'ait pas été opérée en vue du divorce. La loi française ne tolère pas que l'on se joue frauduleusement de ses dispositions. S'il suffisait, pour rompre le mariage, d'obtenir des lettres de naturalisation d'un pays voisin, sans abdiquer sérieusement sa qualité de Français, la prohibition du divorce deviendrait une lettre morte.

Des époux français se font naturaliser Suisses et divorcent. Bientôt après ils récupèrent la qualité de Français, et l'un d'eux veut se remarier en France. L'officier de l'état civil, requis de procéder à la célébration du second mariage, sera évidemment tenu de refuser son ministère, et si, par l'igno-

Digitized by Google

rance ou la complicité de ce fonctionnaire, le second mariage avait été contracté, il n'y a pas de doute que quelque partie intéressée pourrait en demander la nullité. La naturalisation n'a pas été, dans ce cas, un acte sérieux, poursuivi dans un but honnête. Les époux n'y ont recouru que pour arriver au divorce, et éluder les dispositions de leur loi nationale qui l'interdit. Ce qui le prouve, c'est qu'aussitôt après avoir divorcé, ils l'ont rétractée. Les tribunaux français, chargés de faire respecter la loi française, n'en tiendraient donc aucun compte.

Le retour des époux en France et la rétractation de leur nationalité étrangère ne seraient cependant pas, à eux seuls, un obstacle à la validité du divorce prononcé à l'étranger, ni à celle du second mariage. Il faudrait qu'ils fussent accompagnés d'autres faits dolosifs, et qui tous réunis, établissent d'une manière irréfragable la mauvaise foi des parties.

Des époux français, domiciliés à Genève, se font naturaliser Suisses. Au bout de quelques années, le mari obtient un jugement de divorce contre sa femme, pour cause d'adultère, conformément aux lois du canton de Genève. Après la liquidation de son commerce, il retourne en France, demande à être de nouveau naturalisé français et veut se remarier. Il est certain que le second mariage de cet étranger, redevenu Français, est très-légitime. Ces époux, à la différence de ceux dont nous avons parlé plus haut, ont sollicité la naturalisation suisse, dans l'intérêt de leur commerce, et non pour divorcer. Étant devenus sincèrement et de bonne foi des Génevois, il faut, de toute nécessité, leur appliquer la loi étrangère, aussi longtemps qu'ils ont vécu sous son empire. Le Code civil de Genève admet le divorce pour cause d'adultère. Celui que le mari a obtenu doit, par conséquent, être reconnu comme valable en France, et l'autoriser à contracter un second mariage.

La validité du divorce et du second mariage au regard de la loi française dépendra ainsi de la bonne ou de la mauvaise foi qui aura présidé à la naturalisation. Si les tribunaux français estiment que les époux, en devenant étrangers, n'ont pas eu l'intention de se soustraire malicieusement aux prohibitions de leur loi d'origine, ils tiendront le divorce et le second mariage qui l'a suivi, pour valables; si, au contraire,

Digitized by Google

ils sont convaincus que le changement de nationalité n'a eu lieu que par suite d'un concert frauduleux, et pour servir des passions coupables, ils déclareront le divorce et le second mariage inefficaces en France.

Lorsque la naturalisation a été demandée par le mari, sans la participation de sa femme, elle n'est efficace que relativement à lui seul, bien qu'il ait déclaré agir au nom de sa femme, ou que la naturalisation ait été accordée cumulativement aux deux époux. Notre loi doit supposer que tout Français attache le plus grand prix à la conservation de sa nationalité, et, par suite, elle n'a pu permettre que la femme fût dépouillée, malgré elle, de sa qualité de Française. Ces principes résultent virtuellement de la loi du 7 février 1851. L'article 2 de cette loi énonce les formalités que les enfants mineurs ou majeurs de l'étranger naturalisé Français ont à remplir pour devenir eux-mêmes Français. Or, si ces enfants ne sont pas naturalisés Français de plein droit avec leur père, c'est que la naturalisation est un acte purement individuel.

Quelques auteurs objectent que l'intérêt de la famille exige que les époux appartiennent tous deux à la même nationalité, et le législateur, disent-ils, l'a si bien compris, qu'il décide, dans l'article 19 du Code civil, que la femme suit la condition de son mari. Ils en concluent que la naturalisation obtenue par le mari, pour lui, ainsi que pour sa femme, s'impose à celle-ci, encore qu'elle n'y ait aucunement participé. (Fœlix, *Droit internat.*, t. I, n° 35; Massé, *Droit comm.*, t. II, n° 998; Varambon, *Revue prat.*, 1859, p. 55; Paris, 24 avril 1844, Sirey, 1844, 2, 568).

Mais cette opinion est rejetée et à juste titre par la grande majorité des auteurs. La naturalisation de la femme française qui épouse un étranger est une naturalisation volontaire. Celle dont il s'agit ici serait, au contraire, une naturalisation forcée. L'article 19 ne peut donc pas être invoqué contre nous. Ensuite quelque avantage qu'il y ait pour les deux époux d'appartenir à une seule et même patrie, il ne faut cependant pas sacrifier à cet intérêt la liberté personnelle de la femme. Or, c'est ce qui arriverait, si le mari avait le droit d'imprimer à sa femme une nationalité que celle-ci repousse. (Demolombe, t. I, n° 175; Aubry et Rau, 4e édit.,

Digitized by Google

t. I, p. 217; Laurent, t. I, n° 349; Demangeat sur Fœlix, t. I, n° 35; Robillard, *Essai sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français*, p. 123, etc.).

Le Code civil italien qui contient une législation très-semblable à la nôtre respecte formellement les droits de la femme, dans le cas où un mari étranger se fait naturaliser Italien. D'après l'article 10, la femme ne devient Italienne qu'autant qu'elle a également fixé sa résidence en Italie. « La « moglie e i figli minori della straniero che ha ottenuto la « cittadinanza, divengone cittadini, sempreche abbiano « anch' essi fissato la residenza nel regno, etc. » D'autre part, si un Italien change de nationalité, sa femme reste Italienne, aussi longtemps qu'elle continue à résider en Italie.

Si le mari seul est naturalisé étranger, il ne peut ni demander le divorce contre sa femme restée française, ni contracter un second mariage. Pour qu'un mariage soit susceptible de se former, il faut que le mari et la femme aient la capacité de se marier. Pour qu'un mariage soit susceptible de se dissoudre, il faut de même que les deux époux aient la capacité de divorcer. Tous les deux ont-ils changé de nationalité, rien ne les empêche de divorcer. Ils pourraient le faire, tout en demeurant Français, dans le cas où une loi rétablirait le divorce chez nous. Les mêmes raisons les autorisent à divorcer, après qu'ils sont devenus étrangers, c'est-à-dire après qu'ils ont passé sous une nouvelle législation qui reconnaît le divorce. Au contraire, l'un des époux est-il resté Français, et l'autre a-t-il été naturalisé étranger, il ne saurait être question de divorce entre eux. L'époux français est incapable de divorcer, à cause de sa loi personnelle qui le lui défend, en France et en tous lieux. L'époux naturalisé étranger a bien acquis la capacité de divorcer. Mais, comme le mariage ne peut tout à la fois subsister par rapport à l'une des parties, et avoir pris fin par rapport à l'autre, il est incapable d'en user. Le mariage est un contrat indivisible. Il lie les deux parties ou il n'en lie aucune. Concevrait-on un mariage où un seul des conjoints serait engagé, et où l'autre aurait la liberté de convoler? Le maintien du mariage est certain dans le cas d'un divorce par consentement mutuel. Ce divorce est la conséquence d'un contrat. Mais, pour conclure un contrat, il faut que chacune des

Digitized by Google

parties donne un consentement valable, et nous venons de voir que l'époux français est incapable de consentir à un divorce. Il en est de même de toute autre espèce de divorce. L'incapacité où se trouve l'époux français de prêter la main à un divorce vient de ce que le mariage a été contracté sous l'empire de la loi française qui prohibe le divorce, et de ce que cette loi régit le mariage aussi longtemps que l'une des parties demeure française. Or, que le divorce ait lieu par consentement mutuel, ou qu'il soit prononcé à la requête de l'un des époux contre l'autre, c'est toujours la loi française qui a présidé à la formation du mariage, et cette loi continuera à le régir, tant que l'un des époux restera Français.

Le système opposé entraînerait d'ailleurs une telle instabilité dans le mariage que cette considération seule suffirait déjà, en l'absence de toute autre, pour le repousser. Un époux, fatigué de la vie commune, brûle d'envie de recouvrer sa liberté, ou de contracter un autre lien. Qu'est-ce qui l'empêchera, dans le système que nous combattons, de satisfaire son caprice ou ses passions? Rien. Il désertera le domicile conjugal, se fera naturaliser étranger, demandera le divorce, et usera ensuite ou abusera de son indépendance, comme il lui plaira, sans se préoccuper ni du conjoint qu'il a trompé, ni des enfants qui sont issus de leur mariage. Notre loi, qui traite avec tant de rigueur le divorce, aurait-elle opposé de si faibles barrières à la fureur de divorcer? Nous nous refusons à le croire.

Le divorce, que le mari aurait obtenu et le second mariage qu'il aurait contracté en violation de ces principes, devraient, par conséquent, être déclarés inefficaces par nos tribuuaux, bien qu'ils fussent légitimes au regard de la loi étrangère.

Il n'y a pas à distinguer entre le cas où la seconde femme du mari serait une étrangère, et celui où elle serait une Française. Nos tribunaux ne toléreraient ni dans un cas, ni dans l'autre, qu'on appliquât contre la première femme aucun effet du divorce ou du second mariage. Ce qui s'oppose à la validité de ces actes en France, c'est le maintien du premier mariage, qui n'a pas pu être légitimement dissous, à nos yeux, par un divorce prononcé après la naturalisation du mari seul. Or, les vices de cette naturalisation et de ce divorce restent les mêmes, de quelque nationalité que soit la seconde femme.

Digitized by Google

Merlin, *Questions de droit*, v° DIVORCE, n° 11 ; Pasquale Fiore, traduct. Pradier Fodéré, *Droit international privé*, n° 132 ; de Holtzendorff, *Journal de droit international privé*, 1876, p. 13 ; Cass. 16 décembre 1845, Sirey, 1846, 1, 100 ; 2, 215 ; Toulouse, 27 juillet 1974 ; Cass. 19 juillet 1875, Sirey, 1876, 1, 289 ; 2, 149.

Ce que nous venons de dire de la naturalisation du mari seul, sans sa femme, s'applique, *à fortiori*, à la naturalisation de la femme seule sans son mari. Si la femme a agi avec l'autorisation de son mari, elle a valablement changé de nationalité, et la naturalisation, qu'elle a acquise à l'étranger, doit produire tous ses effets en France, mais elle n'a, pour cela, ni le droit de divorcer, ni celui de contracter un second mariage.

Si la femme n'a pas été autorisée par la mari à changer de nationalité, l'état d'incapacité où elle se trouve pendant son mariage l'empêche de se faire naturaliser étrangère, et par conséquent d'invoquer la loi étrangère pour divorcer et contracter un nouveau mariage.

La loi allemande du 1er juin 1870 concorde sous ce rapport avec la nôtre. L'article 8 exige, pour la validité de la naturalisation, que celui qui la sollicite ait la libre disposition de sa personne et de ses biens : « Dass die Ausländer, « velche die naturalisation verlangen, nach den gesetzen « ihres Landes, dispositionsfähig sind, etc. »

Mais si, nonobstant cette prescription, le gouvernement allemand accordait la naturalisation à une femme mariée non autorisée, quel serait le sort de cet acte en France? La naturalisation est un bénéfice que l'État étranger accorde, en vertu de son droit de souveraineté. Il lui est loisible dès lors de la concéder, suivant les inspirations de sa politique, et sans se préoccuper des règles du droit civil, à telles personnes et sous telles conditions qu'il lui convient, et, notamment, quand il s'agit d'une femme mariée, d'exiger l'autorisation maritale ou de ne pas l'exiger. Nous pensons donc que la naturalisation qu'une femme mariée obtiendrait du gouvernement allemand sans avoir justifié de l'autorisation de son mari ou de la justice, serait valable et ne pourrait pas être annulée en France. Nous le pensons d'autant plus qu'aucun texte de la loi allemande ne prononce la nullité

Digitized by Google

d'une naturalisation à raison de la violation de l'article 8 susvisé. Dans le cas où la femme voudrait se prévaloir de sa naturalisation en France, nos tribunaux devraient se borner à déclarer qu'elle n'est pas opposable au mari chez nous.

On s'est demandé si la femme séparée de corps en France, ne pouvait pas, sans l'autorisation de son mari, se faire naturaliser étrangère, et ensuite divorcer et contracter un second mariage. La négative nous paraît hors de doute. La séparation de corps ne rompt pas le mariage, elle en relâche seulement le lien. Elle laisse de même subsister la puissance paternelle et lui porte tout au plus quelques atteintes. Après, comme avant le jugement de séparation, l'incapacité est la règle pour la femme, et sa capacité l'exception. Pour que la femme puisse se faire naturaliser étrangère sans l'autorisation de son mari, il faut donc, ou qu'un texte lui accorde expressément ce droit, ou que la faculté da changer de nationalité soit une conséquence naturelle de son état de séparation. Or il n'existe aucun texte qui permette à la femme de répudier sa nationalité et d'en contracter une autre sans y être autorisée. Les articles 217 et 1449 du Code civil déterminent les droits de la femme séparée, quant à ses biens, et passent complétement sous silence ceux qui intéressent sa personne. D'autre part, la naturalisation n'est pas non plus un de ces actes dont l'exercice découle forcément de l'état de séparation. La femme séparée est, comme telle, fondée a quitter le domicile de son mari et à s'en choisir un autre, à son gré, soit en France, soit à l'étranger. Elle peut emmener avec elle les enfants dont la garde lui a été confiée et présider à leur éducation et à leur établissement. Elle cesse d'être tenue de contribuer aux frais d'un ménage qui a pris fin, et, si son mari devient malade ou infirme, elle ne lui doit plus que des secours en argent, sans être obligée de l'assister de sa personne. Enfin, il lui est permis de gérer librement son patrimoine et même de disposer de son mobilier. Mais le droit de changer de foyer ou de domicile n'entraîne nullement celui de changer de nationalité. Si la femme séparée reste en France, pourquoi se ferait-elle naturaliser étrangère? Si elle veut transférer son domicile à l'étranger rien ne l'en empêche et elle n'est pas tenue, à cet effet, de répudier sa qualité de Française. On se fixe à l'é-

Digitized by Google

tranger, et l'on y jouit de la plupart des droits civils qui compètent aux régnicoles sans avoir besoin d'abdiquer sa nationalité. Combien d'étrangers sont établis en France, tout en demeurant étrangers! Pour savoir si la femme séparée est apte à échanger sa nationalité contre une autre, il faut donc se réporter aux principes qui gouvernent la femme mariée, et, comme la femme est, en règle générale, incapable de faire aucun acte juridique sans y être autorisée par son mari, nous estimons que cette autorisation lui serait indispensable à l'effet d'être naturalisée étrangère.

L'article 1449 ne s'applique qu'aux droits de la femme séparée relativement à ses immeubles. Cependant il fournit un argument considérable en faveur de l'opinion que nous défendons. Ce texte interdit à la femme séparée de vendre aucun immeuble sans le consentement de son mari. La loi attache une grande importance à la propriété immobilière, et elle a craint que la femme abandonnée à elle-même, et privée des conseils de son mari, ne fît un mauvais marché. Elle l'a donc garantie contre son inexpérience, en lui imposant l'autorisation maritale dans toute vente d'immeubles. Mais la nationalité française doit avoir, aux yeux du législateur français, plus de valeur qu'un immeuble. Elle fait partie de notre état civil. C'est le lien qui attache chacun de nous à la patrie. Or, si la femme séparée a besoin d'être autorisée pour disposer de la plus petite parcelle de terre, concevrait-on qu'elle pût, à son gré et contre l'avis de son mari, aliéner cet autre bien, beaucoup plus précieux qu'un immeuble, sa qualité de Française?

La nécessité de l'autorisation, dans la question qui nous occupe, s'accorde de plus avec l'esprit de la législation qui a aboli le divorce et mis la séparation de corps à sa place. La séparation de corps a été substituée au divorce pour deux raisons: d'abord, parce qu'elle ne rompt pas le mariage, ensuite parce qu'elle n'est pas un obstacle au rapprochement des parties. Il est permis de supposer, en effet, que des époux liés l'un à l'autre pour la vie, se pardonnent, après quelques années d'épreuves, leurs torts réciproques et se réunissent de nouveau autour du même foyer, dans leur propre intérêt ou dans celui de leurs enfants. Mais tout espoir n'est-il pas vain, si la femme, après avoir répudié le domicile conjugal,

Digitized by Google

peut encore répudier sa patrie et devenir ainsi doublement étrangère à son mari? Le législateur de 1816 n'a certainement pas voulu accorder à la femme un droit si exorbitant, et dont l'exercice devînt un obstacle irrémédiable à la réalisation de ses projets. Il faut donc reconnaître que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme séparée, pour se faire naturaliser étrangère.

L'obligation pour la femme séparée de se munir du consentement de son mari afin de changer de nationalité, la suit partout. Elle résulte d'une disposition qui concerne l'état et la capacité des personnes, et d'après l'article 3, § 3 du Code civil, cette loi régit les Français, même à l'étranger. Dans quelque pays que la femme se transporte, elle demeure donc soumise à la nécessité de l'autorisation, si elle veut se faire naturaliser étrangère.

Si cependant la naturalisation était accordée à la femme séparée agissant seule et sans l'autorisation de son mari, nous croyons qu'elle serait valable, et que la nullité n'en pourrait pas être prononcée en France. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, la naturalisation est un acte essentiellement politique, qu'un État consent, en vertu de son droit de souveraineté, et qu'un autre État ne saurait abolir. Tout ce que nos tribunaux devraient faire, c'est de déclarer que la qualité acquise à la femme ne sera pas opposable chez nous. La femme a bien cessé d'être Française, mais elle sera traitée comme telle pour la liquidation du passé et pour la solution des litiges dans lesquels elle invoquera sa naturalisation. De cette manière, l'acte de naturalisation sera respecté en France, et il ne produira néanmoins aucun des effets immoraux en vue desquels il a été poursuivi.

Que la femme séparée ait été naturalisée étrangère, avec l'autorisation de son mari, ou sans cette autorisation, elle ne peut, dans aucun cas, ni divorcer, ni contracter un second mariage. Nous avons démontré plus haut que le mari naturalisé étranger est incapable de divorcer et de convoler, tant que sa femme reste Française ; à plus forte raison la femme séparée n'est-elle capable ni de divorcer, ni de se remarier, aussi longtemps que son mari demeure Français. Quand un seul des époux a acquis le droit de divorcer, et que l'autre est toujours soumis à la loi française qui prohibe le di-

Digitized by Google

vorce, le concours des deux capacités nécessaire pour opérer la dissolution du mariage est irréalisable. Dès lors le mariage, qui constitue un contrat indivisible et qui ne peut pas exister au regard de l'un des conjoints et avoir pris fin au regard de l'autre, continue à subsister pour tous deux. L'autorisation donnée par le mari à la femme de changer de nationalité n'a d'autre effet que de valider la naturalisation de cette dernière au regard de la loi française, elle est sans influence sur le divorce ou le second mariage qui suivraient cette naturalisation. Le mari qui est incapable de divorcer ou de se remarier, ne peut pas transmettre à sa femme plus de droits qu'il n'en a lui-même.

Les principes que nous avons exposés relativement à la femme séparée de corps qui s'est fait naturaliser étrangère sans l'autorisation de son mari et qui a ensuite divorcé et convolé en secondes noces, ont été sanctionnés par l'arrêt de la Cour de Paris du 17 juillet 1876, dans la célèbre affaire de Beauffremont. La princesse de Beauffremont obtint, en 1874, un jugement de séparation de corps contre son mari. Elle se fit naturaliser allemande, dans le duché de Saxe-Altenbourg, le 3 mai 1875, sans avoir obtenu aucune autorisation ni de son mari, ni de justice, s'établit à Berlin, et, profitant de la loi allemande du 6 février 1875, qui admet les époux séparés de corps et non réconciliés à demander le divorce, s'y remaria avec le prince Bibesco, le 24 octobre 1875. Le prince de Beauffremont, instruit de ces faits, assigna sa femme devant le tribunal de la Seine, qui était celui de leur dernier domicile, et demanda la nullité tant de la naturalisation que du second mariage. La princesse déclina la compétence du tribunal et, au fond, soutint que sa naturalisation et son convol étaient valables. Le tribunal, par jugement du 10 mars 1876, se déclara compétent, et annula tout à la fois la naturalisation et le second mariage. La princesse interjeta appel de cette sentence. La Cour reconnut également la compétence du tribunal de la Seine, mais, sur la question de la validité ou de la nullité de la naturalisation et du second mariage, elle établit une distinction entre les deux actes. Quant à la naturalisation, elle considéra que la princesse n'avait pas qualité pour changer de nationalité sans l'autorisation de son mari, que cet acte, commis dans ces

Digitized by Google

conditions, est étranger au mari, et qu'il ne peut lui être opposé. Quant au second mariage, elle décida qu'il est nul, à quelque point de vue qu'on se place, soit parce qu'il a eu lieu, comme dans l'espèce, après une naturalisation non autorisée, soit même qu'il eût été contracté à la suite d'une naturalisation valable. Les motifs à l'appui de cette disposition sont trop concluants pour que nous ne les reproduisions pas intégralement, « considérant qu'il importe peu, en effet, que cette naturalisation ait pu régulièrement s'opérer avec ou sans l'assentiment du mari; que, dans le cas même où il aurait expressément autorisé sa femme, celle-ci ne serait pas admise à invoquer la loi de l'État où elle aurait obtenu sa nouvelle nationalité, pour se soustraire à l'application de la loi française qui, seule, règle les effets du mariage de ses nationaux, et en déclare le lien indissoluble; qu'il s'agit du plus solennel et du plus important des contrats, qui non-seulement ne peut être rompu, contre la volonté de l'un des contractants, mais encore ne peut jamais l'être du mutuel consentement des deux époux. Que vainement la princesse de Beauffremont aurait acquis, par sa seule volonté, une nationalité étrangère, vainement même son mari, resté Français, lui aurait donné une autorisation expresse, le caractère synallagmatique et le lien indissoluble du mariage s'opposent, dans l'un comme dans l'autre cas, à ce que soit la femme seule, soit même les deux époux d'accord (ce qui n'est pas dans l'espèce), éludent les dispositions d'ordre public de la loi française qui les régit. Par ces motifs, sans s'arrêter à la double exception d'incompétence qui est rejetée; statuant au fond, émendant le jugement dont est appel, en ce qu'il a déclaré nul l'acte de naturalisation du 3 mai 1875, lequel doit être seulement déclaré inopposable au mari, confirme pour le surplus ledit jugement. » (Sirey, 1876, 2, 219.)

Quel est le tribunal compétent pour statuer sur l'action en nullité dirigée contre le second mariage de l'époux divorcé à l'étranger? Est-ce un tribunal français ou un tribunal étranger? Si l'action est jugée par un tribunal français, le second mariage n'a aucune chance d'être maintenu. Si, au contraire, elle est jugée par un tribunal étranger, il est certain que le mariage sera validé. La question de compétence,

Digitized by Google

quoique ne concernant que la forme, entraîne ainsi le fond du droit, et présente, à ce point de vue, une grande importance.

Aux termes de l'article 59 du Code de procédure civile, en matière personnelle et réelle, et, en général, toutes les fois que le litige ne porte pas sur un immeuble qui a une situation fixe, le demandeur doit intenter son action devant le tribunal du domicile du défendeur. Comme ce dernier est présumé libre de tout engagement, tant qu'il n'a pas été condamné, la loi n'a pas permis qu'il fût distrait de ses juges naturels par un demandeur qui est peut-être de mauvaise foi. Mais cette règle offrait quelques dangers dans le cas où une contestation viendrait à surgir entre Français et étrangers. N'y avait-il pas à craindre que le Français plaidant contre un étranger, devant des magistrats étrangers, n'obtînt pas justice? Les rédacteurs du Code l'ont pensé et, pour conjurer ce résultat, si préjudiciable aux intérêts français, ils ont ordonné que, dans le cas où un Français poursuivrait l'exécution d'une obligation contre un étranger, ce dernier serait valablement traduit devant un tribunal français. C'est la disposition formelle de l'article 14 du Code civil : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. » Nous croyons que ce texte résout la question qui nous occupe, et que, par conséquent, l'époux naturalisé étranger, remarié et domicilié à l'étranger, est légitimement assigné en nullité de mariage devant un tribunal français.

On a contesté cette solution, en prétendant que l'article 14 ne vise que les actions personnelles nées d'un contrat et non pas les actions réelles. Il est très-vrai que cet article ne parle, *in terminis*, que des « *obligations contractées* » par un étranger envers un Français, et passe sous silence les droits réels. Mais l'esprit dans lequel il a été rédigé ne permet pas de s'arrêter à la lettre de la loi. D'autre part, il est évident que les mots : « *Obligations contractées* » ont été pris dans leur acception vulgaire, et pour rendre d'une manière plus concise l'idée suivante : « Obligations auxquelles un étran-

Digitized by Google

ger peut se trouver soumis envers les Français. » Les mêmes expressions reparaissent dans l'article 15 et y comprennent, sans contredit, toutes les causes d'obligations. Pourquoi auraient-elles un sens plus restreint dans l'article 14? Aussi la doctrine et la jurisprudence sont-elles d'accord pour appliquer l'article 14 toutes les fois que l'action est du nombre de celles qui sont régies par la règle : *Actor sequitur forum rei*, alors même qu'il ne s'agirait pas d'obligation. C'est ainsi qu'il a été jugé : qu'un étranger peut être traduit devant les tribunaux français pour le payement de dommages-intérêts dus à un Français, par suite d'un délit ou d'un quasi-délit (Poitiers, 8 prairial an XIII; Cass., 13 décembre 1842, Sirey, 1843, 1, 14); que les tribunaux français sont compétents pour connaître de l'action intentée par une société française contre la compagnie étrangère de Suez, et tendant à la restitution de sommes perçues par cette compagnie au delà de la taxe légitime des droits de navigation (Cass., 23 février 1874, Sirey, 1874, 1, 145); que l'enfant naturel, né en France d'une mère étrangère, et devenu Français par l'accomplissement des conditions indiquées dans l'article 9 du Code civil, a qualité pour assigner cette dernière devant les tribunaux français, en recherche de maternité et en payement d'une pension alimentaire (Cass., 19 juillet 1848, Sirey, 1848, 1, 529; Merlin, *Rép.*, v° ÉTRANGER, p. 554; Fœlix, *Traité du droit international privé*, édition Demangeat, n° 150; Aubry et Rau, t. VI, p. 313; Demolombe, t. I, n° 250, etc.).

D'ailleurs, le mariage est un contrat qui engendre des obligations. Les époux sont notamment tenus de se demeurer fidèles l'un à l'autre, sous la sanction des articles 336 à 341 du Code pénal. Ce devoir de fidélité qui constitue une véritable obligation civile et non une obligation naturelle, rentre, au besoin, dans les *obligations* dont s'occupe l'article 14. Les termes de l'article sont, en effet, généraux, ils n'excluent aucune obligation, de quelque cause qu'elle procède, et visent par conséquent celles qui dérivent du mariage aussi bien que toutes autres.

On objecte encore que les tribunaux français sont incompétents pour connaître de l'action en nullité, parce que la naturalisation de l'époux originairement français, et son

Digitized by Google

second mariage sont l'œuvre d'un pouvoir public étranger, qu'ils participent de la souveraineté de ce pouvoir, et ne sauraient, dès lors, être annulés par nos tribunaux. Mais cette argumentation n'est que spécieuse. De ce que la naturalisation de l'un des conjoints et son second mariage sont l'œuvre d'une souveraineté étrangère, il ne s'en suit pas qu'ils doivent lier les tribunaux français. Ces actes émanent de la puissance interne de l'État, leur force et leur existence même s'arrêtent aux frontières du territoire où ils ont pris naissance. Comme les décisions de justice rendues à l'étranger, ils commandent le respect dans le pays qui les a sanctionnés, et sont dénués d'efficacité partout ailleurs. Dans ces conditions, nos tribunaux ont le droit d'en prononcer la nullité, ou, tout au moins, de les considérer comme nuls et non avenus en France. Une pareille sentence n'enlève ni à la naturalisation, ni au second mariage, leur force obligatoire à l'étranger, elle les empêche seulement de produire des effets en France.

Ce résultat, loin de porter atteinte à l'inviolabilité d'une puissance étrangère, concilie, au contraire, dans une juste mesure, la souveraineté du pouvoir qui autorise ces actes et celle non moins respectable de la France qui les défend. Il s'agit, en définitive, d'un mariage bigamique, prohibé par la loi française au nom des bonnes mœurs, et qu'un époux naturalisé étranger veut opposer à son conjoint en France. Notre loi ne pouvait évidemment pas tolérer que cet acte, qu'elle proscrit avec la dernière rigueur, s'exécutât, sous le couvert d'une loi étrangère, et fût sanctionné par nos propres tribunaux, avec la complicité ou au détriment du conjoint demeuré Français. Si le divorce et le second mariage accomplis dans un pays voisin pouvaient être valables chez nous, la souveraineté de ce pays serait religieusement respectée, mais que deviendrait celle de la France? Les traités des 10 mai et 11 décembre 1871 entre la France et l'Allemagne, ont, en ce qui concerne l'option des mineurs, donné lieu aux interprétations les plus opposées dans les deux pays. Les mêmes mineurs, qui sont considérés comme Allemands par le gouvernement et les magistrats allemands, sont tenus pour Français par nos tribunaux, et soumis, en conséquence, à nos lois sur le recrutement militaire (Paris, 4 février 1876,

Digitized by Google

Dalloz, 1876, 2, 193). En statuant ainsi, les tribunaux français ont appliqué les traités dans le sens où ils les comprennent, sans avoir jamais eu l'intention de commettre aucun empiétement sur la souveraineté allemande. En refusant tout effet au divorce et au second mariage intervenus à l'étranger, ils appliquent également la loi française dans l'étendue du territoire français, sans porter la moindre atteinte à l'autorité de la loi étrangère.

Mais devant quel tribunal français faut-il porter l'action en nullité? L'article 14 se borne à dire que l'étranger pourra être cité devant les tribunaux français, sans désigner celui de ces tribunaux qui serait spécialement compétent pour connaître du litige. Il y a lieu, croyons-nous, de distinguer entre le cas où l'époux naturalisé a conservé son domicile ou sa résidence en France, et celui où il a transféré son domicile ou sa résidence à l'étranger. Dans le premier, point de difficulté. Le tribunal qui doit être saisi est celui du domicile ou celui de la résidence. On se trouve alors dans la règle de l'article 59 du Code de procédure civil qui veut qu'en matière personnelle et réelle, sauf quand il s'agit d'un immeuble ayant une assiette fixe, l'assignation soit donnée au tribunal du domicile du défendeur, et, s'il n'a pas de domicile, au tribunal de sa résidence. Dans le second cas, le tribunal naturellement désigné pour statuer est sans contredit celui du demandeur. Toutefois, si l'époux remarié n'avait quitté la France que depuis peu de temps, rien n'empêcherait le demandeur de se pourvoir en nullité devant le tribunal du dernier domicile de son conjoint. Nous pensons même qu'il aurait le droit de saisir de son action un tribunal quelconque de France, compétent *ratione materia*, pourvu qu'en choisissant des juges autres que les siens, il n'eût pas l'intention de nuire au défendeur. Aucun texte ne prescrivant au demandeur d'intenter des poursuites devant un tribunal déterminé, on ne saurait, sans faire de l'arbitraire, l'obliger à s'adresser à tels juges plutôt qu'à tels autres (Marcadé, t. I, art. 14; Demolombe, t. I, n° 152).

La compétence des tribunaux français à l'effet de connaître de l'action en nullité contre le second mariage a été proclamée par l'arrêt de la Cour de Paris, du 17 juillet 1876, que nous avons analysé plus haut. La princesse Bibesco, assignée par

Digitized by Google

son premier mari, le prince de Beauffremont, devant le tribunal de la Seine, pour entendre prononcer la nullité du second mariage, soutint qu'elle était devenue Roumaine par ce mariage, et déclina, sous ce prétexte, la compétence du tribunal français; mais le tribunal rejeta le déclinatoire, et la Cour confirma cette sentence (Poitiers, 7 janvier 1845, Sirey, 1845, 2, 215; Cass., 16 décembre 1845, Sirey, 1846, 1, 100; Toulouse, 27 juillet 1874, Sirey, 1876, 2, 149; Cass., 19 juillet 1875, Sirey, 1876, 1, 289).

Le gouvernement helvétique a obtenu, par deux traités du 18 juillet 1828 et 15 juin 1869, la suppression à son égard de l'article 14 du Code civil, et le respect absolu du *forum rei*, en matière personnelle et mobilière. Il suit de là que si un Suisse a contracté des obligations envers un Français, il ne peut être poursuivi, à raison de ses engagements, que devant le tribunal de son domicile, c'est-à-dire devant un tribunal suisse.

Ces traités, qui visent toutes les actions, à l'exception de celles-là seulement qui ont trait aux immeubles, s'appliquent-ils également à l'action en nullité de mariage qu'un époux français intenterait contre son conjoint naturalisé Suisse, divorcé et remarié? Nous ne le pensons pas, et nous en trouvons la preuve dans l'article 17 du traité de 1869, qui est ainsi conçu : « L'exécution ne pourra être refusée que si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée s'opposent à ce que la décision de la juridiction étrangère y soit exécutée. » D'après cet article, les tribunaux français appelés à statuer sur l'exécution des jugements rendus par les juridictions suisses sont autorisés à la refuser, toutes les fois que ces jugements lèsent quelqu'intérêt de l'ordre public français.

La prohibition du divorce et la défense de contracter un second mariage avant le décès de l'un des conjoints constituent chez nous des règles d'ordre public. Il n'est donc pas douteux que nos tribunaux, dans le cas où ils seraient saisis d'un jugement prononçant un divorce entre un époux naturalisé Suisse et son conjoint Français, ou validant un second mariage contracté après divorce par l'époux naturalisé Suisse au préjudice de son conjoint français, s'opposeraient à l'exécution d'une pareille sentence, et trancheraient la

Digitized by Google

difficulté à nouveau par une décision seule efficace en France.

Mais si les juridictions suisses sont incompétentes pour statuer sur des questions d'État concernant un Français, et si les décisions qu'elles auraient rendues peuvent être déclarées non avenues en France, et remplacées par des décisions contraires, ne faut-il pas en conclure que ces questions doivent être portées devant les tribunaux français de prime abord, et sans passer préalablement par une juridiction étrangère? Cette solution, qui s'appuie sur le texte du traité de 1869 est aussi conforme aux principes du droit. Il est juste, en effet, que les questions d'État qui intéressent les Français, et notamment leur mariage, soient jugées par des tribunaux français, conformément aux lois françaises, et non par des magistrats étrangers, d'après des règles diamétralement opposées aux nôtres. Ainsi que nous l'avons déjà dit, la qualité de Français et d'époux est le lieu qui attache chacun de nous à la patrie et à sa famille. On ne comprendrait pas que ce lien se trouvât à la merci de juges plus disposés à le rompre qu'à le respecter. Cette doctrine a paru tellement équitable qu'elle a été recommandée par l'Institut de droit international comme devant être introduite dans les législations de tous les pays civilisés. « Dans les procès civils, dit le rapporteur, M. Asser, la nationalité des parties doit rester sans influence sur la compétence des juges, sauf dans les cas où la nature même du litige doit faire admettre la compétence exclusive des juges nationaux d'une des parties, comme dans les procès concernant la nationalité, les questions d'État et de famille. » (*Revue de droit internat. belge*, 1875, p. 275, 367; *Observations de M. Labbé* sur Cass., 19 juillet 1875, Sirey, 1876, 1, 289.)

Nous venons de voir que les nouveaux époux sont non recevables à décliner la compétence des tribunaux français en vertu des traités de 1828 et 1869, dans le cas d'une demande en nullité du second mariage intentée par l'époux français délaissé. Cette solution qui est vraie pour les époux dont la nationalité suisse est hors de conteste s'impose surtout à la seconde femme du conjoint naturalisé Suisse, lorsqu'elle est d'origine française. Cette femme, en effet, bien que mariée à un Suisse, n'est pas devenue Suisse elle-même,

Digitized by Google

au regard de la loi française, et elle n'a dès lors aucun titre pour invoquer des traités qui lui sont tout à fait étrangers. Pour que le mariage imprime à la femme la nationalité de son mari, il faut qu'il soit valable; s'il est nul, il ne produit aucun effet, et ne modifie pas l'état antérieur de la femme: *Quod nullum est nullum producit effectum.* La femme dont nous parlons a épousé un Suisse à une époque où celui-ci était encore engagé dans les liens d'une première union. Un mariage contracté dans ces conditions est frappé de nullité par l'article 147 du Code civil aux termes duquel on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Il en résulte que cette femme n'a pas changé de nationalité, qu'elle est demeurée française, et que, par conséquent, elle ne saurait se prévaloir des traités de 1828 et 1869 qui ne concernent que les Suisses (Duranton, t. I, n° 187; Proudhon, t. I, p. 126; Aubry et Rau, t. I, p. 236; Demolombe, t. I, n° 183).

La doctrine d'après laquelle les traités de 1828 et 1869 ne portent pas préjudice à la compétence des tribunaux français, dans les actions en nullité de mariage dirigées même contre des Suisses, a reçu également l'approbation de la jurisprudence. Dans l'espèce jugée par la Cour de Poitiers, le 7 janvier 1845, les enfants de la seconde et de la troisième femme demandèrent le renvoi de l'action en nullité devant les tribunaux suisses, sous le prétexte qu'ils appartenaient à ce pays, et, qu'aux termes des traités en question, toute demande personnelle et mobilière intentée contre un Suisse devait être portée devant le tribunal du domicile du défendeur. Le tribunal de Niort a accueilli cette exception. Mais la Cour de Poitiers réforma le jugement et la Cour suprême rejeta le pourvoi interjeté contre l'arrêt (Toulouse, 17 juillet 1874, Sirey, 1876, 2, 140; Cass. 19 juillet 1875, Sirey, 1876, 1, 289).

Si l'époux divorcé et remarié avait changé de nationalité, dans le but de rompre son premier mariage, et d'en contracter un second, le conjoint délaissé n'aurait pas besoin de recourir à l'article 14, pour saisir un tribunal français de son action en nullité, il pourrait se pourvoir devant le tribunal de son domicile ou tout autre compétent. La fraude fait exception à toutes les règles : *Fraus omnia corrumpit.* Elle auto-

Digitized by Google

riserait, dans le cas qui nous occupe, les magistrats français à ne tenir aucun compte d'une naturalisation poursuivie de mauvaise foi, à considérer en conséquence le naturalisé comme n'ayant pas perdu sa qualité de Français et à lui appliquer les lois qu'il a voulu malicieusement éluder. Il serait injuste que celui qui n'a répudié son pays qu'à l'effet de violer la foi jurée trouvât, dans les lois mêmes qu'il a foulées aux pieds, un appui pour ses mauvais desseins et des armes contre son conjoint. Et n'est-ce pas dans cette matière du mariage plus que dans toute autre qu'il faut d'appliquer ce principe du droit romain, qui est un principe de raison en même temps que de législation. Il ne faut pas venir en aide à la malice : *Malitiæ non est indulgendum.*

Les auteurs ont, en général, admis cette doctrine (Pasquale Fiore et Pradier Fodéré, *Droit international privé*, n° 120; Labbé, *Observat. sur l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet* 1875, Sirey, 1876, 1, 290), et la jurisprudence l'a consacrée par de nombreuses décisions. Le 16 avril 1872, un sieur Pierre de R..., domicilié à Toulouse, épousa une demoiselle V... Le 30 septembre 1873, la dame de R... assigna son mari devant le tribunal de Toulouse et demanda la séparation de corps. Ce dernier, instruit de l'action dont il était menacé, avait transféré son domicile à Hemmenthal, dans le canton de Schaffhouse, et s'était fait naturaliser Suisse. Il répondit en conséquence qu'aux termes des traités de 1828 et 1869, il n'était plus justiciable des tribunaux français et demanda son renvoi d'instance. Mais le tribunal rejeta le déclinatoire d'incompétence le 1er juin 1874, en se fondant sur les manœuvres frauduleuses qui avaient présidé à la naturalisation du défendeur. La Cour de Toulouse confirma, le 27 juillet 1874, cette sentence, avec adoption de motifs, et la Cour suprême rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt (Sirey, 1876, 2, 149; 1, 289). Dans l'affaire jugée le 7 janvier 1845, la Cour de Poitiers et la Cour de cassation s'appuyèrent également sur la fraude du conjoint naturalisé étranger, pour admettre la compétence des tribunaux français, à l'exclusion des tribunaux suisses, malgré les traités de 1828 et 1866 (Sirey, 1847, 2, 215; 1846, 1, 100; Paris, 17 juillet 1876, Sirey, 1876, 2, 249).

Digitized by Google

DE LA VALIDITÉ DU SECOND MARIAGE CONTRACTÉ PAR DES ÉPOUX DONT LE PREMIER A ÉTÉ DISSOUS PAR LA MORT CIVILE.

De même qu'on a enseigné que des époux divorcés avant 1816 ne pouvaient plus se remarier après cette époque, de même on a prétendu que des conjoints dont la mort civile avait dissous le mariage, étaient incapables de convoler en secondes noces, à partir de la loi du 31 mai 1854, sauf dans le cas où l'un d'eux serait décédé et où l'autre aurait récupéré sa pleine liberté. Cette opinion n'est pas plus soutenable que la première.

Le projet de loi sur l'abolition de la mort civile, préparé en 1851, avait pour objet de favoriser la réhabilitation du mariage dissous et d'interdire la formation d'un mariage nouveau. L'article 4 disait : « Le mariage dissous par la mort civile peut toujours, à moins qu'il n'en existe un nouveau, être réhabilité du consentement des deux parties. Tout autre mariage leur est respectivement interdit jusqu'à la mort de l'un d'eux. » L'article 5 ajoutait : « La réhabilitation du mariage dissous s'opère par une déclaration que les deux parties font en commun devant l'officier de l'état civil qui en dresse acte. Cet acte est inséré sur les registres à sa date. Il en est fait mention en marge de l'acte de la première célébration. »

Lors de la discussion de la loi de 1854, M. de Cuverville fit une proposition qui reproduisait ces idées. Mais le Corps législatif n'accueillit pas son amendement. Le silence gardé par la loi de 1854, relativement à l'interdiction édictée dans l'article 4, prouve évidemment que le législateur a entendu maintenir aux époux la faculté de convoler à d'autres noces, du vivant des deux parties. Le langage tenu par les orateurs qui ont pris part à la discussion de la loi est des plus significatifs à cet égard. M. Rouher disait, dans l'exposé des motifs : « Sous le Code actuel, le conjoint devient veuf par l'autorité de la loi, comme il le serait devenu par la mort naturelle. *Mors civilis æquiparatur naturali.* » Et plus loin : « On ne peut pas rester l'époux d'un mort. La mort civile rompt, de vive force, un lien que les époux ne voudraient pas briser. » M. Riché parlait, de son côté, dans le même sens, dans le rapport qu'il présenta, au nom de la commission chargée

Digitized by Google

d'examiner le projet de loi : « L'article 5 paye un tribut nécessaire au principe de la non-rétroactivité des lois. Un membre de votre commission regrette que si deux personnes dont la mort civile a rompu le mariage et qui sont libres, veulent rétablir légalement leur union, une simple déclaration de cette volonté ne soit pas reconnue par la loi comme suffisante, sans célébration nouvelle. Ses collègues ont pensé que, pour épargner quelques formalités, il ne fallait pas s'écarter de la sévérité des principes et risquer de soulever des difficultés en matière de contrat de mariage (Sirey, 1859, 1, 136). Si une nouvelle célébration est nécessaire pour renouer le mariage dissous par la mort civile, c'est qu'évidemment le mariage n'existe plus. S'il a pris fin, qu'est-ce qui s'oppose à la formation d'un autre lien?

L'article 5 de la loi de 1854 dit : « Les effets de la mort civile cessent, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent. »

Les partisans de l'opinion que nous combattons prétendent que cet article, en arrêtant pour l'avenir les effets de la mort civile, a implicitement restauré le mariage dissous, et, par suite, prohibé la célébration d'un autre. Cette interprétation, qui ne tient aucun compte des mots « sauf les droits acquis aux tiers, » est erronée. L'article 5 contient, il faut le reconnaître, une exception au principe de la non-rétroactivité des lois, puisqu'il déclare que les effets produits par la mort civile, dans le passé, cesseront dans l'avenir, mais il réserve immédiatement les « droits acquis aux tiers.» Or, l'époux du condamné, en faveur de qui le mariage est dissous, n'est-il pas un tiers vis-à-vis de son conjoint, par rapport aux conséquences de cette dissolution? Du jour où la mort civile est encourue, l'époux innocent a recouvré son indépendance, et il est autorisé à contracter une nouvelle union. Cette liberté de se remarier constitue, sans aucun doute, à son profit, un droit acquis contre son conjoint.

Nos adversaires objectent que si l'abolition de la mort civile ne préjudicie pas « aux droits acquis aux tiers, » il ne faut, dans tous les cas, entendre par là que le second mariage accompli avant 1854, et non pas seulement la simple

Digitized by Google

faculté de se remarier, qui n'a pas encore été réalisée, de telle sorte que le second mariage contracté après la survenance de la mort civile, et antérieurement à la loi de 1854, resterait valable, tandis que celui qui n'aurait été formé qu'après serait nul. Le condamné, dit-on, cessant d'être réputé mort, rentre en possession de tous les droits que lui assurait sa vie civile, et dont l'exercice ne se trouvait pas compromis par des faits irrévocables. Son état est celui du citoyen qui, en revenant de captivité, voit s'éteindre, par l'effet du *jus postliminii*, toutes les incapacités dont il avait été frappé après sa disparition.

Mais cette distinction est purement arbitraire. Lorsque l'article 5 de la loi de 1854 arrête les effets de la mort civile pour l'avenir, il ajoute « sauf les droits acquis aux tiers. » Nous venons de démontrer que la dissolution du mariage opérée par la mort civile constitue, au profit du conjoint du condamné, « un droit acquis, » et lui permet de se remarier. Que faut-il entendre par ces mots : « droits acquis aux tiers? » Ceux qui ont été exercés et ceux qui ne l'ont pas encore été ou seulement ceux qui ont été exercés? Poser cette question, n'est-ce pas la résoudre? L'article, en disant « droits acquis aux tiers, » ne désigne pas quelques droits particuliers par opposition à quelques autres, il généralise et ne comporte aucune exception. Établir une différence entre les droits exercés et les droits non exercés, c'est donc refaire la loi au lieu de l'interpréter, et violer la maxime : *Ubi lex non distinguit, et nos distinguere non debemus.*

Ensuite, peut-on bien dire que la liberté de se remarier n'a été réalisée qu'autant qu'un second mariage s'en est suivi? Il nous semble que cette liberté s'exerce par cela seul qu'elle existe, et qu'on ne l'abdique pas en demeurant dans le veuvage.

Remarquons qu'elle est, de sa nature, une faculté encore plus qu'un droit. Or, si un droit peut parfois se perdre, quand il n'est pas exercé dans un délai déterminé, une faculté ne s'éteint jamais par le non usage.

Quant au *jus postliminii* qui est rappelé par nos adversaires, c'est certainement par inadvertance qu'on nous l'oppose, dans la présente discussion. Le prisonnier romain qui rentrait dans ses foyers récupérait, en effet, la plupart des droits

Digitized by Google

dont la captivité l'avait privé, et notamment ceux de la puissance paternelle. Mais il n'obtenait la restauration de son mariage qu'avec le consentement de son conjoint, consentement que ce dernier était libre de donner ou de refuser. « Postliminium, dit Pothier, non restituit nuptias quæ cap- « tivitate alterius conjugum solutæ sunt, nisi novo consensu « redintegrentur. » Et il ajoute avec le Digeste : « Hinc « Pomponius : non ut pater filium, ita uxorem maritus, jure « postliminii recipit, sed consensu redintegratur matrimo- « nium (L. 14, Dig., *De captiv. et postlim.*). Similiter Paulus : « non ut a patre filius, ita uxor a marito, jure postliminii « recuperatur, sed tunc cum et voluerit mulier et adhuc « post constitutum tempus alii nupta non sit (L. 8, *ibid.*, « Pothier, Dig., L. 49, t. 15, art. 5, n° 23). »

Ce n'est pas seulement le conjoint du condamné qui est autorisé à contracter un second mariage, après la rupture du premier, par l'effet de la mort civile. Le condamné lui-même jouit de ce droit. Si le mariage qui unissait les époux est rompu, il l'est, de toute nécessité, pour tous les deux, au regard du condamné aussi bien qu'au regard de son conjoint, et chacun doit être admis à profiter de sa liberté pour se remarier. La doctrine contraire serait obligée de considérer le premier mariage des époux tantôt comme dissous, tantôt comme subsistant : comme dissous, vis-à-vis du conjoint, pour autoriser son convol; comme subsistant, vis-à-vis du condamné, pour interdire le sien. Or, il n'est pas admissible que le condamné soit tout à la fois tenu pour non marié et pour marié. L'opinion qui aboutit à une pareille inconséquence doit naturellement être rejetée.

La thèse que nous combattons étant manifestement contraire à la lettre et à l'esprit de la loi de 1854, on a cherché à la fonder sur les règles de l'amnistie, en raisonnant ainsi : L'abolition de la mort civile équivaut à une amnistie. A la différence de la grâce, qui forme simplement obstacle à l'exécution de la peine, l'amnistie anéantit la condamnation. Par application de ce principe, le condamné qui a été relevé de la mort civile est censé ne l'avoir jamais encourue, et il est affranchi de toutes les incapacités qui pesaient sur lui avant 1854. Le mariage du condamné dissous jusqu'en 1854 est, par conséquent, de plein droit restauré, à partir

Digitized by Google

de cette époque, et il constitue un empêchement à toute autre union que l'un des époux voudrait contracter avant le décès de son conjoint.

Mais nos adversaires donnent à l'amnistie une étendue qu'elle ne comporte pas. Si l'amnistie, par un effet de la rétractation de la condamnation elle-même, réintègre le condamné dans la plénitude des droits qui lui avaient été ravis, elle est impuissante contre les droits légitimement acquis aux tiers. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Nous avons démontré ci-dessus que la dissolution du mariage crée au bénéfice du conjoint du condamné un droit personnel qu'il ne dépend d'aucune loi ultérieure de lui enlever, et que cette dissolution doit, par la force des choses, profiter aux deux époux. Que l'on envisage donc l'abolition de la mort civile comme une amnistie, ou que l'on n'y voie qu'une loi comme une autre, à quelque point de vue que l'on se place, on est amené à reconnaître que le mariage dissous reste tel après comme avant 1854, et que seul un nouveau consentement des époux est susceptible de le renouer.

On objecte un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1850, suivant lequel l'amnistie accordée à des condamnés morts civilement ferait de plein droit revivre leur mariage qui avait été dissous par la mort civile. Nous soutenons que les époux dont le mariage a été dissous par la mort civile sont déliés l'un de l'autre, et qu'ils ont le droit de convoler chacun à de secondes noces, même depuis 1854. L'arrêt du 31 juillet 1850 a-t-il décidé le contraire? Nous ne le pensons pas. Un sieur de Girardin avait été condamné à la peine capitale, par contumace, pour faits de chouannerie, par un arrêt du 16 janvier 1834. Une ordonnance royale du 27 avril 1840 édicta une amnistie applicable à tous les délits politiques. Les époux de Girardin n'avaient pas cessé de demeurer ensemble et de jouir publiquement de leur état de conjoints, malgré la condamnation prononcée contre le mari. Ayant, plus tard, conçu quelque inquiétude sur la validité de leur mariage, ils voulurent le faire célébrer à nouveau. Mais l'officier de l'état civil s'y refusa. Le tribunal d'Angers ordonna, le 14 janvier 1840, que la seconde célébration aurait lieu. La Cour d'Angers déclara, au contraire, le 21 août

Digitized by Google

1840, que toute nouvelle célébration était superflue, d'abord parce que la peine n'était pas encore prescrite, et qu'avant cette prescription la mort civile n'était pas encourue, ensuite « parce que l'amnistie, par son caractère propre qui est d'être un acte d'oubli, avait entièrement aboli le passé, et réintégré l'amnistié dans la plénitude de sa vie civile. » La Cour suprême consacra ce dernier système, en statuant à son tour « que l'amnistie ayant pour but d'effacer complétement le passé, c'est-à-dire de replacer les amnistiés dans la position où ils étaient avant que la condamnation fût encourue, il en résulte qu'elle produit le rétablissement complet de l'amnistie dans la jouissance des droits qu'il avait avant la condamnation. » Ainsi, la Cour d'Angers et la Cour suprême jugent que l'amnistie accordée au condamné, jointe à la cohabitation ininterrompue des époux et à leur volonté persévérante de maintenir le mariage qui les unissait, avant et après l'amnistie, a eut pour résultat de renouer le mariage primitivement dissous, et de dispenser de toute nouvelle célébration.

Cette doctrine ne nous semble pas aussi contraire qu'on le prétend aux solutions que nous avons proposées. Pour que nous fussions désavoués par la Cour suprême, il aurait fallu que la femme refusât de continuer son mariage, et que, nonobstant son refus, les juges eussent ordonné que ce mariage suivrait son cours. Or, la femme a-t-elle protesté contre sa qualité d'épouse, et les juges l'ont-ils contrainte à subir, malgré elle, son premier lien? C'est tout le contraire qui a eu lieu. Bien loin de repousser son mari, la femme ne l'a pas quitté un instant, et c'est sur sa demande, autant que sur celle de son mari, que la Cour a confirmé le premier mariage. La question soumise à la Cour d'Angers et à la Cour de cassation était donc différente de celle qui nous préoccupe et la solution qu'elle a reçue ne saurait nous être opposée.

Si ces juridictions ne tranchent pas la difficulté dont s'agit, donnent-elles à entendre qu'elles la résoudraient, le cas échéant, dans un sens opposé au nôtre? Évidemment, non. La Cour d'Angers et la Cour suprême ont appliqué purement et simplement, dans l'espèce qui leur était déférée, les règles de l'amnistie. L'amnistie, nous l'avons rappelé nous-même, ne préjudicie pas aux droits des tiers. Quel était le droit de

Digitized by Google

la femme de Girardin, après que son mari avait encouru la mort civile? C'était de se prévaloir de la dissolution de son mariage. Au lieu de demander la dissolution de son mariage, elle en poursuit le maintien. Dans ces conditions, la Cour a pu valablement juger que l'amnistie s'appliquait au mariage du condamné, et que ce mariage n'avait jamais été dissous. Si la femme, usant de son droit, au lieu d'y renoncer, avait au contraire invoqué la dissolution du mariage, la Cour aurait nécessairement reconnu la légitimité de sa demande. L'en débouter, c'eût été méconnaître le principe que l'amnistie ne préjudicie pas aux droits du tiers.

Enfin, on fait valoir en faveur de la rétroactivité absolue de la loi de 1854 la persistance du lien religieux, après la rupture du lien civil. Ce dernier argument mérite à peine d'être réfuté. Le mariage est un contrat civil. C'est, dès lors, dans la loi civile qu'il y a lieu de chercher les règles qui président à sa formation ou à sa dissolution. Si ces règles concordent avec les principes de la morale et de la religion, il faut s'en réjouir, mais si elles s'en éloignent, il n'en faut pas moins les appliquer. Suivant la loi de 1854, le mariage dissous par la mort civile reste tel, nonobstant l'abolition de cette peine. Les époux peuvent donc convoler chacun à d'autres noces. S'ils préfèrent rétablir leur ancienne union, ils sont obligés de se représenter devant l'officier de l'état civil, et de la faire célébrer à nouveau. Au contraire, d'après l'Église, le mariage n'est rompu que par le décès des époux. La condamnation de l'un ou de l'autre à une peine emportant mort civile n'en entraîne pas la dissolution. Celui qui se remarie du vivant de son conjoint, alors même que son convol est autorisé par la loi civile, commet un sacrilége. Laquelle de ces deux lois doit être appliquée? Sans contredit, la loi civile, la loi de 1854. Ceux qui voudront respecter les commandements de l'Église sont libres de ne pas contracter un second mariage, après la dissolution du premier par la mort civile, et l'Église pourra même refuser la bénédiction au second mariage, si elle lui était demandée. Mais les tribunaux, devant lesquels on attaquerait un second mariage contracté dans les conditions dont s'agit, seraient obligés d'en proclamer la validité. « Les incapacités, a dit la Cour de Nancy, statuant dans une espèce qui se rapproche de la

Digitized by Google

nôtre, sont de droit étroit, et ne peuvent se tirer par induction ou argumentation, de l'harmonie qui devrait exister entre les lois civiles et religieuses d'un État (Sirey, *Collect. nouv.*, 8, 238). C'est là une vérité juridique dont il importe de se souvenir ici (Sirey, 1840, 2, 371; 1850, 1, 672).

Cette question de la validité du second mariage contracté après la dissolution d'un premier par la mort civile, et postérieurement à la loi de 1854, a été portée devant le tribunal de Bar-sur-Aube, la Cour de Paris et la Cour suprême, et chacune de ces trois juridictions l'a jugé dans le sens que nous avons proposé ci-dessus. Un arrêt de la Cour d'assises de l'Aube, du 14 décembre 1850, avait condamné un sieur Briois aux travaux forcés à perpétuité. Cette condamnation était devenue définitive avant 1854, et elle avait, par conséquent, entraîné la mort civile. Quelques années plus tard, après 1854, la femme du condamné, persuadée que son premier mariage était dissous, voulut en contracter un second. Mais l'officier de l'état civil de Lachaise prétendit que la loi de 1854, ayant fait cesser pour l'avenir tous les effets de la mort civile, cette femme était, depuis cette époque, déchue du droit de se remarier, et il refusa de célébrer la nouvelle union. Le tribunal de Bar-sur-Aube, saisi du litige, jugea, le 26 mars 1857, que le premier mariage était dissous, et que la demanderesse avait le droit de se remarier, et il ordonna que l'officier de l'état civil procéderait à la célébration du nouveau mariage. Le procureur impérial interjeta appel de ce jugement devant la Cour de Paris; mais l'avocat général soutint la dissolution du premier mariage et la validité du second, et la Cour confirma, le 11 juillet 1857, avec adoption des motifs, la sentence des premiers juges. Le procureur général se pourvut en cassation contre cet arrêt, pour violation de l'article 5 de la loi de 1854, et fausse application des articles 25 et 227 du Code civil. M. Chégaray, conseiller rapporteur, réfuta victorieusement, les unes après les autres, toutes les objections sur lesquelles s'appuyait le procureur général. M. Dupin combattit, de son côté, avec la science et la verve qui lui étaient familières, le système préconisé par le ministère public. Enfin, la Cour adopta, le 21 juin 1858, les principes défendus par les deux orateurs, et rejeta le pourvoi.

Digitized by Google

Cet arrêt, rendu sous la présidence de M. Troplong, clora, nous l'espérons, la polémique engagée sur les graves questions qui en sont l'objet. L'autorité qu'il a acquise dans la doctrine et la jurisprudence nous font un devoir de le reproduire intégralement. « La Cour, attendu qu'aux termes de « l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'ave- « nir, et n'a pas d'effet rétroactif. Attendu que, suivant les « anciens articles du même Code et 18 du Code pénal, la « condamnation aux travaux forcés à perpétuité emportait « la mort civile; que, d'après les articles 25 et 227 du Code « civil, le mariage était dissous par l'effet de la condamna- « tion devenue définitive de l'un des époux à une peine em- « portant mort civile, et que, des termes de ces articles, il « faut conclure que, dans la pensée du législateur du Code « civil, ce mode de dissolution du mariage, considéré comme « contrat civil, devait être assimilé au mode de dissolution « qui résulte de la mort naturelle, à celui qui résulterait du « divorce, quand il était permis par la loi; — Attendu que, « si la loi du 31 mai 1854 a prononcé l'abolition de la mort « civile, cette loi, se conformant au principe supérieur de « la non-rétroactivité, a respecté les faits accomplis et les « droits acquis sous l'empire de la législation antérieure; « que, si l'article 5 de ladite loi dispose que la mort civile « cessera pour l'avenir à l'égard des condamnés actuelle- « ment morts civilement, cet article réserve expressément « les droits des tiers; qu'il résulte sans doute de sa disposi- « tion que le mort civilement recouvre les diverses apti- « tudes civiles que lui avait enlevées l'article 25 du Code « civil, mais non pas que son mariage légalement dissous « ait pu virtuellement renaître au préjudice du droit acquis « à l'autre époux par le fait de la dissolution; qu'en suppo- « sant, en effet, qu'il fût au pouvoir du législateur de faire « revivre un contrat, après l'avoir anéanti, c'est-à-dire de « créer ce contrat sans un acte régulier du consentement « des parties intéressées, une telle disposition ne pourrait « s'induire du silence de la loi et devrait au moins être ex- « primée par elle. Attendu que, de ce qui précède, il résulte « que Rosalie-Victoire Soulot, défenderesse, a cessé, aux « yeux de la loi civile, d'être engagée dans les liens du ma- « riage qui l'avait unie à Briois, avant la mort civile de

Digitized by Google

« celui-ci ; que, dès lors, on ne peut opposer à cette femme « la prohibition de droit civil portée par l'article 147 du « Code civil, qui défend de contracter un second mariage « avant la dissolution du premier; d'où il suit qu'elle est « libre, après comme avant la loi de 1854, de contracter un « nouveau mariage, sans autres obstacles que ceux que peut « lui opposer sa conscience; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt « attaqué a sainement appliqué les anciens articles 25 et 227 « du Code civil, 18 du Code pénal, s'est conformé au prin- « cipe écrit dans l'article 2 du Code civil, et n'a pu violer ni « la loi du 31 mai 1854, ni aucune autre loi. Rejette. » (Sirey, 1857, 2, 551; 1859, 1, 135.)

(Demolombe, t. I, nos 232, 236; Proudhon, *De l'usufruit*, n° 2020; Humbert, *Commentaire de la loi abolitive de la mort civile*, n° 454; Bertauld, *Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle*, p. 261; Aubry et Rau, t. I, p. 305.)

PROSPER SCHAEFFER.

D'UN ADOUCISSEMENT A LA LOI SUR LES FAILLITES,

Par M. André SABATIER, avocat.

(*Suite et fin* [1].)

IV. En résumé, les lacunes si nombreuses et les contradictions que l'on relève dans les lois et projets que nous avons examinés, font ressortir la nécessité de conserver pour la réalisation de l'actif cette procédure que le législateur a établie avec l'autorité d'une double révision et qu'une jurisprudence de quarante années a fixée dans tous ses points.

En dehors des formes actuellement en vigueur, l'actif est en péril, sa constatation est aussi incertaine que sa conservation; la minorité créancière est exposée à subir la loi d'une majorité suspecte; la puissance publique, qui a le droit de demander des comptes au failli, comme à un capitaine qui a perdu son navire ne peut s'éclairer, ni agir avec précision et opportunité.

Bien entendu, nous ne soutenons nullement que la faillite

[1] Voir la livraison de décembre 1878, p. 743.

Digitized by Google

ne soit chose affligeante et désastreuse, mais faut-il, en appliquant une expression célèbre, la rendre *aimable?*

Faut-il désirer que nos négociants se résignent paisiblement à la déconfiture, comme cette maison de Paris, qui exclame dans tous ses prospectus :

« Enfin nous avons fait faillite! »

Toutefois, s'inspirant des dispositions de l'article 1er du décret de 1848 et des observations sus-relatées de M. Bravard-Veyrières, le législateur pourrait exonérer de la qualification de failli et des incapacités attachées à l'état de faillite; le débiteur, qui serait jugé digne d'une telle faveur par le tribunal, obtiendrait et exécuterait *un concordat stipulant de simples délais et n'accordant aucune remise de dette* [1].

En dehors de ces strictes conditions, le débiteur est dûment qualifié de failli, car il a failli et toute restauration de son statut est une atteinte aux droits des créanciers non payés et la destruction de toutes les raisons qui peuvent lui faire conquérir la réhabilitation.

La réhabilitation n'est-elle pas en effet nécessaire au point de vue moral? N'est-ce pas elle qui inspire, à la majorité comme à la minorité des créanciers, l'espoir légitime que la remise de dette n'est que provisoire.

Maintenir les incapacités de la faillite, c'est rendre la réhabilitation désirable au débiteur et accorder à tous les créanciers une garantie à défaut de laquelle le sacrifice ne sera jamais racheté par le concordataire.

C'est sur ce point surtout que ce concentrent les efforts des adversaires et des défenseurs des concordats amiables.

« Il est une règle impérieuse, *disait M. Le Royer* [2], c'est « celle qui impose le respect des conventions librement con- « senties; or de quel droit la loi interviendrait-elle pour « contraindre la minorité à subir la loi de la majorité? La « résistance d'un seul créancier est légitime par la puissance « coercitive du titre qu'il produit, et cette puissance est la « même aussi bien, quand il a en face de lui les créanciers de « son débiteur que le débiteur lui-même. — Les ayants cause

[1] Camberlin, ouvrage cité.

[2] Rapport de M. Le Royer sur la proposition Ducuing (séance du 9 août 1871).

Digitized by Google

« de celui-ci n'ont pas d'autres droits que ceux du débiteur.
« — Pourquoi la force du nombre opprimerait-elle l'infério-
« rité numérique du droit? C'est en vain que l'on fait valoir
« les calculs de l'avidité, les entêtements irrités et l'aveugle-
« ment d'un créancier opposant, méconnaissant l'intérêt de la
« masse. Armé de son titre, fût-il seul contre tous, il a le droit
« de dire : « que le débiteur exécute son engagement ou qu'il
« expie son impuissance par la faillite. »

Ces sévères conclusions n'ont pas été acceptées sans protestation.

« Le principe invoqué, *dit M. Dramard* [1], n'est-il pas la
« plus énergique condamnation du système adopté par le
« Code de commerce pour les concordats? Or, par lui le con-
« cordat judiciaire ne peut plus se soutenir et la minorité,
« convoquée devant le juge pour le consentir, pourra de-
« mander de quel droit la force du nombre pourra opprimer
« l'infériorité numérique de son droit.

« Oui, sans doute, quiconque a un droit ne peut être con-
« traint d'y renoncer et cette vérité pourrait être d'une ap-
« plication absolue, si nous étions autre chose que des
« hommes, parce que détachés des intérêts matériels, nous
« ne voudrions que le possible et le juste. Oui, le droit est
« chose sacrée entre toutes; mais appliquez rigoureusement
« cet axiome aux relations humaines, et tout s'arrête. — Ce
« droit qu'a la minorité ne me blesse-t-il donc pas moi, ma-
« jorité, dont il va peut-être mettre à néant tous les intérêts?
« Quand, des sommets de la théorie pure, on descend aux ré-
« gions beaucoup plus humbles de la pratique, trouve-t-on
« rien de plus contraire à tout progrès social que le veto?
« A-t-il jamais pu exister un veto si absolu que l'on n'ait dû
« trouver des combinaisons pour l'annihiler?

Et après avoir examiné les articles 507 et 516 du Code de commerce, M. Dramard ajoute :

« Eh bien! puisqu'en définitive les résistances individuelles
« doivent fléchir devant l'intérêt du plus grand nombre, puis-
« que dans tous les cas, il faudra arriver à ce résultat que la

[1] *Revue critique*, 1873-74, p. 296, Des concordats amiables, par M. Dramard, juge au tribunal civil de Béthune. Voir dans le même sens le rapport adressé à la chambre de commerce du Hâvre (Brindeau, Havre 1872). La chambre n'a pas adopté les conclusions du rapporteur.

Digitized by Google

« force du nombre opprimera l'infériorité numérique du « droit, il ne s'agit plus que de réglementer les conditions « dans lesquelles cette exception pourra être autorisée. Les « formes adoptées par la loi de 1838 font-elles une équi- « table appréciation des intérêts en présence, ou au con- « traire faut-il chercher une autre combinaison pour leur « donner satisfaction? Tout le problème est là et il n'est que « là, et le point de savoir si la minorité doit subir la loi de « la majorité, n'a rien à y voir, car admettre cette donnée, « c'est la négation même du problème, c'est l'abrogation « des articles 507 et 516 du Code de commerce. »

Cependant M. Dramard reconnaît la nécessité d'une sanction morale :

« La nature particulière de la dette commerciale dont le « crédit est la base, l'absence de toute garantie matérielle « qui en assure l'acquittement, imposent au débiteur dans « l'accomplissement de ses engagements une exactitude plus « rigoureuse.

« Les circonstances nécessitent une sanction plus étroite « aux obligations de cette nature. L'honneur du commer- « çant étant toujours la seule sanction de son crédit, c'est « dans son honneur qu'il doit être frappé, quand il a manqué « à sa parole. »

Le Code de commerce nous paraît absolument répondre tout à la fois aux principes proclamés par M. Le Royer, aux objections que M. Dramard tire de l'intérêt de la masse et à ses très-sages déclarations sur la nécessité de frapper dans son honneur le négociant, qui a manqué à ses engagements.

Le concordat, est, d'une part, l'adoption d'une combinaison fondée sur la confiance qu'inspire la remise du débiteur à la tête de son actif et d'autre part c'est le rejet de toutes mesures de réalisation immédiate[1]; c'est une option entre deux partis sur lesquels les créanciers peuvent se trouver divisés. — Cette indivision, il faut la trancher et devant un concours de droits également respectables, la prédominance appartient nécessairement aux intérêts qui, plus nombreux et ralliés à une même solution, sont présumés avoir de la situation une notion plus exacte.

[1] Sauf en cas de concordat par abandon d'actif.

Digitized by Google

C'est aussi un témoignage sympathique et bienveillant donné au débiteur, et la justice, par son intervention éclairée, en rehausse singulièrement le prix [1].

Mais le concordat ne saurait être confondu avec la réhabilitation et être considéré comme un satisfecit intégral.

La loi ne peut en effet proclamer l'affranchissement absolu du débiteur qui obtient remise de dette. Qu'elle le délie de toute obligation positive, soit! mais qu'au moins elle accorde une prime à sa probité, si favorisé par la fortune, il met un terme aux sacrifices de ses créanciers.

Il est bien certain que le débiteur honnête qui aura rétabli sa fortune, trouvera dans les inspirations de son for intérieur de puissantes raisons de ne pas jouir de sa nouvelle condition, et de ne pas oublier ce qu'il doit à la confiance et à la sympathie de ses créanciers, alors que ces derniers auront encore en portefeuille ses effets à demi-payés! mais est-ce assez de ces excitations de la conscience que le temps, l'égoïsme et tant d'autres mobiles peuvent singulièrement apaiser?

Puisque la loi intervient pour rendre le concordat obligatoire, ne doit-elle pas rendre l'acquittement intégral du passif absolument désirable aux yeux du débiteur? Le créancier peut se dire : « Je suis impayé, mais j'ai espoir dans la pro-
« bité de mon débiteur et cet espoir, je ne le fonde pas seu-
« lement sur ses scrupules de galant homme, mais aussi bien
« sur ce fait légal qu'il demeure failli jusqu'à ce que la
« faillite soit effectivement anéantie. Que si mon débiteur
« jouit de sa fortune sans songer à la lésion que je continue
« de subir, c'est son droit strict; mais au moins la déchéance
« morale ne cesse pas d'être encourue; ni devant la con-
« science, ni devant la loi, il ne peut réclamer cette consi-
« dération réelle et apparente que mérite le négociant
« intègre.

[1] Dans un mémoire adressé au ministre du commerce par MM. Allain et Ch. Petit, au nom d'une commission, qui avait été nommée par le syndicat général des chambres syndicales (groupe dit de l'*Union nationale*), l'on demandait qu'une décision du tribunal, rendue sur le rapport de son commissaire, déclarât après l'affirmation des créances, s'il y avait lieu de procéder au concordat ou prononçât l'union d'office (journal l'*Union nationale* du 25 novembre 1868). Ce système nous parait mériter l'attention.

Digitized by Google

« J'avais eu foi en lui au jour de sa détresse, mais dans sa « prospérité il spécule sur ma bienveillance; son honneur « est mon gage, le dernier que j'aie et que je puisse avoir : « je le retiens inexorablement comme il retient mon bien. »

« Mais il faut éviter, *dit M. Dramard*, que cette peine morale atteigne son crédit et réagisse ainsi sur ses créanciers; si donc ceux-ci, appelés à donner leur avis sur son excusabilité, lui en refusent le bénéfice, bien que concordant avec lui, il suffira pour le rendre plus circonspect et plus soigneux à l'avenir d'une peine morale connue de presque eux seuls, ajoutée au chagrin d'avoir été réduit à implorer leur pitié. »

L'insuffisance de la solution de M. Dramard est manifeste; comment un tribunal pourra-t-il homologuer un concordat accordé à un négociant, que ses créanciers déclarent inexcusable? Comment la qualification de failli pourra-t-elle lui être évitée devant une déclaration de cette gravité?

Quel stimulant pourra toucher son courage et sa vertu, si *dès le jour du concordat et non plus tard et suivant le mérite de ses efforts*, il est prononcé sur son excusabilité ou sur son inexcusabilité? N'est-il pas plus logique d'attacher la réhabilitation à l'effacement de la faillite plutôt qu'à des délibérations entachées d'hostilité ou de complaisance, qui font trop bonne ou trop mauvaise la situation du débiteur? Quel est, en résumé, le résultat à obtenir? que la partie de la dette remise soit payée ; c'est à ce résultat constaté qu'il faut attacher la restauration de l'honneur et non à des consultations dépourvues de publicité et de sanction.

« Les devoirs sans sanction, les obligations sans autre con- « trainte que celle d'un sentiment moral sont aisément ou- « bliées; la conscience sous l'action du temps, de l'habitude » du fait accompli ne tarde pas à se taire, de telle sorte que « la voie de la réhabilitation si peu utilisée deviendra avec « le concordat amiable une lettre morte au grand détriment « de l'intérêt privé et de l'intérêt général [1]. »

Et à l'appui de cette conclusion M. Le Royer citait les résultats de l'enquête faite auprès des tribunaux et chambres de commerce ; sur 290 réponses, 210 étaient défavorables absolument à l'admission des concordats amiables; 80 se

[1] M. Le Royer, quatrième rapport sur la proposition Ducuing, 12 mai 1872.

Digitized by Google

montraient sympathiques au principe, mais amendaient les projets dans un sens généralement restrictif; Saint-Étienne, Reims, Nancy, Lyon, Marseille, Bordeaux, Lille, Rouen, Nantes, Elbeuf et Paris, c'est-à-dire les principales places de commerce s'étaient prononcées contre la proposition[1].

VI. La proposition que nous avons faite plus haut d'affranchir provisoirement de toutes incapacités, le concordataire qui solliciterait et obtiendrait de ses créanciers et du tribunal un simple atermoiement, ne nous paraît pas excéder les limites posées par MM. Bravard Veyrières et Le Royer; c'est rapprocher du débiteur la réhabilitation, qui en est un peu éloignée et ne tente souvent pas un négociant, qui a été tout d'abord frappé dans son honneur. Que de faillis, après avoir souffert douloureusement cette appellation et la privation des droits qu'elle entraîne, s'y sont peu à peu résignés et ont fini par ne plus sentir le désir de s'en faire solennellement décharger!

C'est ce que la loi belge semble avoir en vue en établissant la procédure des sursis de payement[2].

Toutefois, cette mesure ne peut s'appliquer, ainsi qu'il résulte du premier article qui en est presque la définition, qu'à des hypothèses bien rares.

Art. 593. — « Le sursis de payement n'est accordé qu'au commerçant qui, par suite d'événements extraordinaires et imprévus, est contraint de cesser temporairement ses payements, mais qui, d'après son bilan dûment vérifié, a des biens ou moyens suffisants pour satisfaire tous ses créanciers en principal et intérêts. »

Cette parfaite balance entre le passif et l'actif constitue une condition difficile à rencontrer; le débiteur, si la situation peut ainsi s'équilibrer, a toujours assez de crédit pour trouver les ressources qui lui permettront de faire face au

[1] La chambre de commerce de Marseille (Barille, Marseille 1871) rejette également le projet Ducuing, mais propose de rendre les droits civils et politiques aux faillis déclarés excusables et de dispenser de l'apposition des scellés tout commerçant qui aura spontanément déposé son bilan.

[2] La loi de 1869 sur les faillites anglaises admet le failli à concorder avec ses créanciers à toute époque des opérations si le jugement déclaratif de faillite est annulé par l'acceptation de l'arrangement (Gardissal, *Étude sur la loi anglaise des faillites*, 1871, Paris).

Digitized by Google

passif exigible et d'attendre l'échéance de son actif non exigible. Aussi, de 1861 à 1870, il n'a été demandé aux trois Cours d'appel belges que 37 sursis, dont 35 ont été accordés et 2 refusés[1].

La proposition que nous avons faite, sera d'une application plus facile et plus fréquente que la loi belge; elle sera aussi légitime.

Il convient en effet de tenir compte au débiteur des bonnes chances de l'avenir; d'ailleurs sa famille ne pourra-t-elle pas lui apporter une aide puissante, si à un moment quelconque il lui est difficile de tenir les engagements de son concordat?

Il faut, en d'autres termes, rendre la faillite pénible, mais donner au débiteur de grandes facilités pour l'éviter, rapprocher de lui dans cette lutte tous ceux qui lui sont attachés par la solidarité du nom et de la parenté et en même temps sauvegarder le principe inscrit dans notre Code, qui est un principe social : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir[2]. »

Quant à la procédure du dessaisissement et aux formalités de vérification et d'affirmation, il nous paraît qu'elles doivent être maintenues dans leur ensemble; plus la faveur de la loi est grande, plus doit être méticuleux l'examen des agissements du débiteur. La loi belge, dans l'hypothèse de sursis a établi une procédure de vérification et de surveillance, qui nous paraît, à rigueur égale, ne pas avoir les immenses avantages de l'inventaire judiciaire et du dessaisissement[3].

VII. La législation étrangère nous offre dans l'ordre d'idées

[1] La loi belge est de 1851. Le sursis peut être de deux ans, et une troisième année peut être accordée si, dans le courant des deux premières, le débiteur a acquitté les 60 p. 100 de son passif. M. Dansaert, membre de la Chambre des représentants, a déposé le 9 février 1872 un projet instituant des concordats *préventifs de la faillite;* ce projet est soumis aux Cours et tribunaux belges. La loi portugaise contient des dispositions à peu près analogues.

[2] Article 2092 du Code civil.

[3] « L'inventaire, en même temps qu'il n'a rien de rigoureux, ni de vexatoire, est une garantie pour les créanciers et aussi pour le syndic dont il couvre la responsabilité, et pour le débiteur lui-même qu'il met à l'abri du soupçon. » (Camberlin, *Réflexions sous forme de réponse au questionnaire de la commission parlementaire,* 1871.)

Digitized by Google

de notre étude que peu de renseignements; de toutes parts, on signale des lois en élaboration et d'une promulgation très-récente; aucune, parmi celles, qui diffèrent de la loi de 1838, n'a pour elle l'autorité d'une application de quelque durée [1].

La loi votée par le Reichrath allemand en 1875 et applicable à tout l'Empire, ne sera exécutoire qu'en 1879; ni le concordat forcé, qui exige des conditions de majorité analogues aux nôtres, ni le concordat amiable qui est consenti à l'unanimité, ne relèvent le failli d'aucune incapacité; la réhabilitation est toujours nécessaire, mais elle est de deux sortes, est-elle demandée au moment où la procédure de faillite va prendre fin, il suffit au débiteur de prouver que son insolvabilité ne lui est pas imputable et qu'il a de plus satisfait à tous ses devoirs au cours de la procédure; la demande-t-il plus tard, la preuve de sa complète libération est exigée [2].

La loi autrichienne, votée en 1868, ne relève le failli, que par la réhabilitation et après le concordat, des incapacités prononcées contre lui (art. 24); le tribunal doit homologuer le concordat pour le rendre obligatoire, mais il ne peut que vérifier, si les formes relatives à la production des créances et à la sincérité du bilan ont été remplies; son contrôle ne va pas au delà [3].

La faillite, en Angleterre, n'existe pas à proprement parler; un acte de 1869 établit les cas de banqueroute, qui ressortissent plutôt au droit pénal qu'au droit commercial; toutefois, un acte de 1860 a établi une procédure de liquidation qui peut se résoudre de trois façons : 1° par la réalisation de l'actif confiée à un syndic; 2° par le contrat de composition; 3° par l'acte d'arrangement [4]. Il y a composition, lorsque les propositions du débiteur ont été accueillies par les trois quarts

[1] Les lois norvégienne (1863), suédoise (1862), des Pays-Bas se rapprochent beaucoup de notre Code. La loi danoise date de 1872.

[2] *Bulletin de la Société de législation comparée*, juillet 1875, p. 386, Étude de M. Delaporte.

[3] *Loi des faillites autrichienne*, par Félix Salles, avocat, 1877, Paris.

[4] *Revue pratique*, Bertrand, année 1866, p. 423, Étude sur la loi de banqueroute anglaise.— *Etude sommaire de la nouvelle loi anglaise sur les faillites*, par F. Gardissal, avocat.

Digitized by Google

en nombre et en sommes des créanciers d'au moins chacun dix livres et homologuées par la Cour.

Il y a encore composition, si, au cours d'une procédure de banqueroute, les neuf dixièmes des créanciers en nombre et en sommes, acceptent les propositions du débiteur; la procédure tombe à l'instant.

Il y a arrangement amiable, quand, sans aucune intervention de la Cour, les six septièmes des créanciers concordent avec le débiteur.

Les arrangements sont fréquents en Angleterre, et peut-être peut-on dire que cela tient à l'énormité des frais qu'entraîne toute banqueroute, liquidée judiciairement. Les arrangements sont loin de faire à tous les créanciers une équitable répartition de l'actif et une même condition, mais tout en perdant ce qui leur est enlevé par le débiteur ou des créanciers frauduleux, au lieu de maintenir la procédure de banqueroute, les créanciers gagnent encore à accepter l'arrangement proposé.

Les nombreux bills, qui sont déposés chaque année sur le bureau du Parlement, semblent justifier cette opinion très-répandue.

En 1867, une loi a été votée qui établissait un système uniforme de faillites dans toute l'Union américaine; après de nombreuses discussions a été adoptée la loi du 22 juin 1874, qui distingue les faillites en deux classes distinctes : 1° faillites involontaires; ce sont celles provoquées par les créanciers; il y avait eu de nombreux abus, aussi la Cour a-t-elle le droit de décharger le débiteur de son passif, malgré la volonté des créanciers, et quel que soit le dividende produit; 2° faillites volontaires; ce sont celles déclarées par le débiteur lui-même. Aucune décharge ne peut lui être accordée, si son actif n'est pas égal à 30 p. 100 de son passif; toutefois, il y a exception si le quart des créanciers en nombre représentant le tiers en sommes consent à le libérer [1].

La loi ne paraît pas avoir donné jusqu'ici des résultats satisfaisants; adoptée après un conflit entre le Sénat et la Chambre des députés, elle est chaque jour l'objet de bills d'abrogation, et de nombreux publicistes imputent à son

[1] *Annuaire de législation comparée*, 4e année, p. 684.

Digitized by Google

imperfection la quantité énorme des faillites et les frais excessifs de leur administration [1].

Il ne nous paraît pas possible de tirer un résultat précis de l'étude de lois qui, dans chacun des pays où elles sont en vigueur, semblent contraires aux vœux de l'opinion publique; leur révision est prochaine et leur durée aura été courte; les Américains et les Anglais, en considérant la faillite comme un événement normal et d'ordre privé, ont négligé toutes les mesures qui ont pour but la recherche et la répression des délits; on a dit, plaisamment sans doute, mais avec quelque vraisemblance, qu'aux États-Unis, il n'était guère de commerçants qui n'eussent fait faillite au moins une fois.

La loi de 1838, de toutes celles qui règlent la matière si délicate de la faillite, paraît la plus ancienne et semble le type que les nations étrangères se sont principalement attachées à suivre; les enquêtes de 1872, comme les débats de 1848, en ont fait ressortir l'admirable harmonie; incontestablement, sur bien des points, des réformes peuvent être faites; nous en avons proposé plusieurs dans un précédent article, et aujourd'hui encore, nous nous faisons l'écho d'une demande d'adoucissement considérable à la rigueur du texte; mais l'esprit de la loi nous est sacré, parce qu'il a conservé à nos mœurs commerciales ces habitudes d'ordre, d'économie, de probité qui sont la source et la garantie du crédit et de la moralité de la nation. ANDRÉ SABATIER.

[1] Voici d'après l'*Economiste français*, 2 novembre 1878, p. 564, quelques chiffres fournis par la maison R. G. Dun de New-York :

ANNÉES.	Nombre des faillites.	Passifs.	Passifs moyens.
1875	7.740	201.060.333	25.960
1876	9.092	191.110.785	21.020
1877	8.872	190.699.936	21.491
1878 (9 mois).	8.678	197.111.129	22.725

Le dollar vaut 5 fr 17 c. La population, d'après le recensement de 1870, est de 39 millions d'habitants; dans un autre travail paru dans le Recueil, même année, nous avons donné le chiffre des faillites déclarées en France depuis trente ans. (Voir également même journal, numéro du 3 août 1878, p. 148.)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS DE DROIT COMMERCIAL,

Par M. A. Boistel, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris..

Compte rendu par M. P. V. Beaurregard,
Agrégé à la Faculté de droit de Douai.

L'ouvrage dont nous voulons entretenir les lecteurs de la *Revue* leur est déjà connu; mais une nouvelle édition vient de donner à l'œuvre de M. Boistel une actualité nouvelle et de rappeler sur elle l'attention.

Cette seconde édition est très-supérieure à la précédente. Des questions nouvelles y ont trouvé place, des notes en nombre considérable offrent de précieux renseignements sur l'état de la jurisprudence et fournissent des renseignements bibliographiques dont l'œuvre de 1876 était presque entièrement privée. En même temps l'auteur, plus maître de son sujet, a fait disparaître quelques-unes de ces erreurs qui échappent aux plumes les mieux exercées et dont la première édition de son livre n'était pas absolument exempte. C'est ainsi, par exemple, que la théorie de la provision en matière de lettres de change a été très-heureusement refondue et mise à la hauteur du reste de l'ouvrage.

Pour le fond, l'œuvre n'a pas changé; elle conserve toutes ses qualités, et peut-être aussi ses défauts.

Le *Précis de droit commercial* a rendu le grand service de livrer à tous, en le faisant entrer dans la science écrite, l'excellent enseignement de l'école, si profondément renouvelé à Paris depuis vingt ans. L'école actuelle s'attache à faire ressortir deux côtés trop négligés jusque-là dans l'étude du droit commercial : elle met en lumière les relations étroites de ce droit avec les principes économiques; elle s'éclaire par la pratique, allant demander aux hommes d'affaires et aux recueils de jurisprudence l'indication des questions vraiment actuelles, pour en substituer l'examen à la discussion des controverses définitivement tranchées. C'est à cet excellent système qu'est empruntée la méthode de M. Boistel; il en comprend admirablement les tendances, il en sait employer les procédés. Des deux points de vue que nous

Digitized by Google

venons de signaler, c'est le premier surtout que notre auteur s'efforce de mettre en relief. Constamment il se préoccupe de faire ressortir l'influence des principes économiques sur la formation du droit commercial, et ses efforts arrivent souvent à créer d'excellents tableaux, parmi lesquels nous signalerons celui qui se trouve au début de la deuxième partie de son livre (*Lois économiques intimes de l'échange*, p. 275).

La partie technique du *Précis de droit commercial* se recommande aussi par des mérites sérieux. Une clarté parfaite et une grande sûreté de doctrine sont évidemment des qualités de premier ordre, qui suffiraient à expliquer le succès du livre et la nécessité, après deux ans, d'en donner une nouvelle édition. Qu'on lise notamment l'explication sommaire des règles sur la comptabilité (rendues saisissables par d'excellents tableaux), qu'on étudie le traité sur les sociétés et les commentaires sur le gage et la lettre de change, et l'on comprendra aisément que l'ouvrage de M. Boistel ait séduit à la fois et les étudiants et les praticiens.

Malheureusement, il n'est pas d'œuvre sans défauts et, près de l'éloge, il nous faut placer la critique.

Nous reprocherions volontiers à M. Boistel d'avoir trop uniquement poursuivi le double résultat qu'il se proposait : « présenter aux étudiants un exposé complet de ce qu'ils « doivent savoir... et donner au jurisconsulte et au négociant « un guide sûr que l'on consulte toujours avec fruit » (voy. préface).

Absorbé par ces préoccupations, M. Boistel a oublié de ménager à son livre la grâce attrayante de la forme. Que le praticien qui consulte un ouvrage scientifique pour y trouver immédiatement le renseignement dont il a besoin, n'exige pas d'un auteur l'élégance, rien de plus naturel; mais le jurisconsulte ne peut consentir à ce sacrifice, et il est dangereux de l'imposer à l'étudiant. Le charme des études juridiques est de permettre à ceux qui les cultivent de rencontrer unies à des recherches profondes, à des raisonnements d'une rigueur absolue, les délicatesses de constructions ingénieuses et l'attrait d'un style élégant. Nul auteur, quand il écrit pour le jurisconsulte, ne doit renoncer de parti pris à satisfaire sur ces deux points les exigences de son lecteur. Et à l'égard de l'étudiant, les deux qualités dont je parle sont au

Digitized by Google

premier chef parmi celles qui distinguent l'ouvrage classique du manuel.

Le livre de M. Boistel, qui, par la science, l'étendue des développements et la sûreté du jugement se range parmi les bonnes œuvres récentes sur le droit commercial, touche au manuel par l'absence de transitions et le défaut de style. C'est moins un livre écrit qu'une série de notes agencées avec soin, travail ingénieux peut-être, sûrement pénible et qui ne saurait attirer le lecteur. Le lien qui unit toutes les parties ne se laisse pas apercevoir, et l'exposition, qui manque fatalement de largeur, semble étouffée sous l'amoncellement des détails.

Comment aussi le lecteur saisirait-il l'intérêt d'un développement historique, s'il lui est présenté sous la forme d'actes législatifs, de recueils, de noms de jurisconsultes, se succédant par ordre de dates, sans que l'on ait pris soin de faire ressortir les causes des réformes successives, et les grandes périodes qui marquent toujours les progrès d'une idée? (Voy. par exemple l'*Histoire du droit commercial*, en tête du livre, et l'*Historique du gage commercial*, p. 328.) Quant aux questions controversées, c'est leur enlever leurs éléments les plus séduisants que de les soumettre à un système d'exposition qui en range toutes les parties sous les mêmes formules, supprime toute originalité de la part de l'auteur et enlève toute vie à la discussion. Enfin ne doit-on pas craindre, si l'on se décide à sacrifier absolument l'élégance du style à la concision, de renoncer, sans le vouloir, à l'absolue correction?

Tels sont, selon nous, les mérites et les défauts saillants de l'œuvre que nous apprécions, et jusqu'ici, croyons-nous, quiconque lira l'ouvrage de M. Boistel sera de notre avis. Avant de clore ce compte rendu, nous désirons soumettre à l'auteur deux observations, portant sur des points plus spéciaux, et au sujet desquelles des divergences d'opinion se comprendraient facilement.

Nous avons dit qu'en général les divisions de l'ouvrage sont claires et logiques; cependant, sur deux points importants, nous ne pouvons approuver l'ordre choisi par l'auteur. Nous croyons que la théorie du chèque et celle du compte courant ne sont pas heureusement placées, et la division du titre de la faillite nous paraît tout à fait défectueuse.

Digitized by Google

Il semble que M. Boistel ait éprouvé un certain embarras à déterminer la place qu'il convenait de donner à ses explications sur le chèque et le compte courant. Il s'est décidé à les rejeter dans deux appendices au titre de la lettre de change; c'était plutôt éluder la difficulté que la résoudre. Or, ce procédé nous paraît avoir de sérieux inconvénients. Les deux institutions dont il s'agit nous apparaissent isolées, pour ainsi dire en l'air, et ne se rattachant directement à rien. Il devient difficile d'en comprendre l'utilité, d'en saisir le jeu, de deviner surtout leur importance pratique.

C'est qu'en effet, à notre avis, on ne peut se faire une idée nette de ces deux procédés commerciaux qu'autant qu'on les rattache à la grande institution des banques. Nous savons bien que M. Boistel est dans le vrai officiel en nous présentant le chèque et le compte courant comme des procédés offerts à tous, mais il n'est pas dans le vrai de la pratique et des faits.

Dans la réalité, c'est près des banquiers seuls que le chèque et le compte courant trouvent tout leur emploi, de sorte qu'ils apparaissent à l'observateur comme deux rouages de l'institution des banques. C'est donc en s'occupant des banques qu'il faut les étudier, sous peine de les séparer de leur vraie source et de leur enlever toute apparence de vie et de couleur.

Pour la faillite, M. Boistel adopte la division suivante. Après avoir indiqué dans quels cas et à quelles conditions la faillite peut être déclarée, il détermine les effets du jugement déclaratif; il s'occupe ensuite de la procédure préparatoire organisée en vue de sortir de la situation créée par le jugement; enfin, il examine les diverses solutions possibles de la faillite.

Eh bien, il nous semble que l'auteur s'attache à une idée secondaire et néglige le principe dominant. Le jugement déclaratif n'est rien, le fait qu'il y a faillite est tout. C'est ce fait qui rend nécessaire l'intervention de la loi, l'organisation d'une procédure de liquidation; et ce n'est que comme conséquence de la nécessité d'organiser une procédure protectrice des droits de tous, que la loi attache au jugement déclaratif certains effets immédiats tels que le désaisissement du failli et la perte pour les créanciers de leur droit de poursuite individuelle.

Digitized by Google

Le plan de M. Boistel pourrait faire naître dans l'esprit de celui qui étudie des idées très-différentes. Ne sera-t-il pas, en effet, tenté de croire que l'organisation d'une procédure spéciale n'est que la conséquence des effets produits par le jugement déclaratif?

Il y a plus, le plan de l'auteur devait inévitablement aboutir à des fautes de détail et ne pouvait être suivi logiquement.

Comment, par exemple, rattacher aux effets du jugement déclaratif de la faillite, la théorie des articles 446, 447, et 449? Ces articles, on le sait, prononcent des nullités, soit de droit, soit facultatives, pour le juge. Mais ces nullités, au lieu d'être le résultat du jugement déclaratif de faillite, ne sont-elles pas bien plutôt la conséquence de la cessation de payement? En ce qui concerne surtout celles du second ordre, il nous paraît bien difficile de compter parmi les effets directs du jugement déclaratif le droit donné aux juges d'annuler certains actes s'ils lui paraissent frauduleux. Mais en allant même jusque-là, en admettant qu'on étende à ce point la série des effets du jugement déclaratif, ne voit-on pas que toute la procédure qui vient ensuite se rangerait au même titre parmi ces mêmes effets? N'est-ce pas, en effet, la prononciation du jugement déclarant la faillite qui crée pour le juge le droit et le devoir de nommer des syndics, absolument comme elle l'autorise à prononcer la nullité des actes entachés de fraude!

De même encore, il serait facile de montrer que l'auteur s'occupe, à propos de la procédure préparatoire, de faits importants qui, ses idées admises, devraient être classés parmi les effets du jugement déclaratif, effets dont il vient de clore la liste.

De quel droit, par exemple, distinguer à ce point de vue entre la cessation du cours des intérêts ou les restrictions en 1872 au droit du bailleur, d'une part, et de l'autre, la suppression du privilége du vendeur ou les restrictions posées à l'exercice des droits de la femme du failli? N'est-il pas évident qu'il y a là des faits de même nature et qu'on ne peut classer les uns parmi les effets du jugement déclaratif, dès qu'on n'agit pas de même à l'égard des autres?

Nous croyons que M. Boistel eût évité tous ces inconvénients en s'attachant uniquement au fait de la faillite. Il

Digitized by Google

nous semble qu'en étudiant successivement la situation que ce fait crée au failli, puis celle qui en résulte pour ses créanciers, il aurait pu grouper heureusement tous les excellents renseignements qu'il donne sur la matière. Il eût évité les dangers d'une division factice, et surtout la filiation des idées eût été mieux mise en lumière.

Quoi qu'il en soit, et en nous résumant, nous sommes heureux d'avoir à rendre justice à l'œuvre de M. Boistel. Les qualités qui s'y rencontrent lui assurent dès maintenant une place honorable dans la littérature juridique, et ses défauts, qui sont beaucoup *voulus*, pourront, ce nous semble, être aisément corrigés. La publication, par exemple, en un volume à part, du commentaire sur le droit maritime, outre qu'elle permettrait à l'auteur de développer davantage cette partie si intéressante du droit commercial, rendrait au reste de l'ouvrage l'air et l'espace qui lui manquent aujourd'hui.

Souhaitons à l'auteur que la nécessité d'une troisième édition le mette bientôt à même de réaliser ces progrès.

P.-V. BEAUREGARD.

LA CONSTITUTION FRANÇAISE DE 1875,

Étudiée dans ses rapports avec les Constitutions étrangères.

Par MM. Bard et Robiquet.

Compte rendu par M. Léon Choppard, docteur en droit, Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Après les événements de 1870-1871, les institutions politiques de la France ne reposaient que sur quelques dispositions législatives, votées suivant les besoins du moment et n'ayant d'autre but que de régler temporairement les attributions du pouvoir exécutif et ses rapports avec une assemblée souveraine. L'insuffisance et le caractère provisoire de ces dispositions créèrent bientôt une situation pleine de menaces et de dangers, à laquelle sont venues mettre fin les lois constitutionnelles du 25 février 1875.

Ces lois, dont l'ensemble forme la nouvelle Constitution française, ne contiennent pas, comme la plupart des autres constitutions, une déclaration solennelle des droits de l'homme et du citoyen. Considérant ces droits comme étant la base incontestée de nos institutions politiques, le législa-

Digitized by Google

teur n'a pas cru devoir en faire l'objet d'une déclaration désormais superflue. Il s'est contenté d'organiser les pouvoirs publics. Ainsi réduite, la nouvelle Constitution n'en présente pas moins un vaste et intéressant sujet d'études. Aussi ne devait-elle pas attendre longtemps ses commentateurs.

D'ailleurs, les luttes parlementaires qui ont précédé le vote des lois constitutionnelles faisaient facilement pressentir que leur application soulèverait de nouveaux conflits. En effet, des difficultés d'interprétation ne tardèrent pas à surgir. D'ardentes polémiques s'engagèrent à la tribune et dans la presse; mais, dominées par l'intérêt politique, elles surexcitèrent les partis au lieu de les éclairer. Au milieu de ces controverses passionnées, il appartenait à des jurisconsultes de faire entendre une parole plus calme, inspirée par la seule raison juridique et dégagée de tout esprit de parti. Parmi les auteurs qui ont entrepris cette tâche, MM. Bard et Robiquet se sont proposé d'expliquer la nouvelle constitution, en évitant les dissertations abstraites et stériles, en tenant compte des enseignements que nous offrent l'histoire constitutionnelle de la France et les législations des autres peuples, et en s'attachant particulièrement à l'examen des questions qui, par le jeu naturel du régime parlementaire, ont été successivement soulevées et ont passionné l'opinion.

Ils étudient d'abord les conditions d'exercice du pouvoir législatif. Ils suivent les développements successifs qu'ont reçus, en France, les institutions représentatives, jusqu'à l'avénement de la souveraineté populaire qui est le fondement du droit constitutionnel actuel. La première question qui, dans cet ordre d'idées, s'offre à leur examen, est celle de savoir si la représentation nationale doit s'exercer par une Chambre unique ou par deux Chambres. Cette question sur laquelle il est difficile de se prononcer en théorie et dont la solution dépend surtout des événements politiques, est presque généralement résolue dans les États constitutionnels en faveur du régime des deux Chambres. Elle a été souvent discutée en France où elle a reçu des solutions diverses, et il est probable que, dans un avenir prochain, elle fera encore l'objet de nouveaux débats. Cette éventualité augmente l'intérêt des développements que lui consacrent MM. Bard et Robiquet.

Ces auteurs abordent ensuite l'étude du système électoral

Digitized by Google

établi par la Constitution de 1875, pour la nomination des députés et des sénateurs. A cet égard, il est instructif de passer en revue et de comparer les différents systèmes électoraux qui ont été suivis en France et ceux qui sont actuellement en vigueur dans les autres pays. La France, la Suisse et les États-Unis sont les pays où le suffrage universel est le plus largement appliqué. L'Angleterre et la Belgique offrent les exemples les plus saillants du régime censitaire. La législation hongroise, qui applique le même régime, se distingue surtout par des opérations électorales dans lesquelles se sont conservées les vieilles traditions nationales. La Prusse, la Bavière, le Brésil pratiquent le suffrage à deux degrés. Mais la législation la plus curieuse est sans contredit celle de la Suède, où les élections ont lieu à un ou à deux degrés, suivant la volonté des populations.

Comme la Chambre des députés, le Sénat établi par la nouvelle Constitution, dérive du suffrage universel, mais d'une manière différente et surtout moins directe. Ici encore, l'étude des anciennes institutions et des législations étrangères offre des rapprochements instructifs. Mais l'organisation actuelle du Sénat ne ressemble à aucune autre. Son mode de recrutement, la combinaison savante des colléges électoraux, dont il est issu, le droit de dissoudre la Chambre des députés qu'il partage avec le pouvoir exécutif, toutes ces particularités lui assignent une place à part dans la classe des chambres hautes. Cette organisation compliquée porte l'empreinte des luttes parlementaires qui ont précédé le vote des lois constitutionnelles. Elle n'est que le résultat des concessions et des précautions réciproques des partis. Aussi est-elle destinée à subir des modifications importantes. La plus grave qui ait été réclamée jusqu'ici est relative à la composition du corps électoral sénatorial qui donne un pouvoir prépondérant aux conseils municipaux et assure ainsi l'influence des campagnes. A l'heure actuelle, la France fait de ce système une expérience solennelle et décisive. L'avenir démontrera s'il n'est pas nécessaire de rétablir, pour l'élection des sénateurs, l'équilibre rompu au détriment des villes, et de donner à celles-ci une représentation qui contribue faire du Sénat l'image un peu plus fidèle de la nation.

Après avoir passé en revue les diverses attributions de la Chambre des députés et du Sénat, MM. Bard et Robiquet

Digitized by Google

examinent successivement l'organisation du pouvoir exécutif et ses rapports avec le pouvoir législatif; le mode d'élection du Président de la République, ses attributions et particulièrement son droit de dissoudre la Chambre des députés, puis la condition des ministres et leur responsabilité, l'organisation actuelle du Sénat et son rôle dans le gouvernement.

Enfin ils donnent, sur la clause de révision de la Constitution des explications qui en déterminent le sens et la portée. Toutes les constitutions où figure une clause semblable ont fixé pour son exercice certaines garanties plus ou moins restrictives suivant les pays et les régimes politiques. L'étude du droit comparé montre que les constitutions démocratiques admettent plus largement le droit de révision. Aussi les controverses qui se sont élevées en France, sur l'étendue de ce droit, ne s'expliquent-elles que par la connaissance inexacte des principes constitutionnels du régime républicain.

Tels sont, rapidement esquissés, les points principaux sur lesquels MM. Bard et Robiquet ont arrêté leur attention. L'accueil mérité que leur livre a reçu du public intelligent leur a fourni l'occasion de le mettre, dans une seconde édition, au courant des événements constitutionnels qui se sont récemment produits dans les différents pays. Ils consacrent à ces modifications une partie complémentaire dont nous devons signaler tout l'intérêt.

C'est ainsi qu'ils nous donnent de précieux renseignements sur la nouvelle constitution espagnole et sur la Constitution ottomane, si récente et déjà si menacée.

Ils analysent ensuite les nouveaux règlements des Chambres françaises.

Mais ce qui augmente surtout l'attrait de ce complément, c'est une étude approfondie sur les droits respectifs du Sénat et de la Chambre des députés en matière de lois de finances et sur l'hypothèse du refus total du budget par le Parlement. Le souvenir des difficultés qui se sont élevées lors de la discussion du budget de 1877 donne à cette étude un puissant intérêt. C'est en effet une grave question que celle de savoir à laquelle des deux assemblées doit appartenir le dernier mot sur les lois de finance. Que décider dans le cas où la Chambre des députés maintient la suppression d'un crédit dont le Sénat a voté le rétablissement? Après avoir

Digitized by Google

cherché la solution théorique de ces difficultés dans l'examen du texte de la Constitution, des précédents historiques, des législation étrangères et des principes du droit constitutionnel, il est intéressant de la rapprocher de la solution qu'elles ont reçue en fait par suite de l'accord qui s'est établi entre les deux Chambres sur le budget de 1877.

Quant à la question du refus total du budget, elle n'offre jusqu'ici qu'un intérêt théorique, le cas ne s'étant pas présenté par suite de la solution pacifique de la crise.

Enfin, dans un dernier chapitre, MM. Bard et Robiquet font l'historique du fonctionnement de la Constitution de 1875 jusqu'au 14 décembre 1878. Dans cette période, un grand conflit s'est élevé entre les pouvoirs publics. La jeune Constitution a eu à traverser une crise violente qui mit un instant son existence en péril, et d'où, en définitive, elle est sortie plus forte et plus respectée. Ces événements renferment plus d'une leçon de droit constitutionnel. Leur récit devait naturellement trouver place dans un traité qui, sans négliger les principes, puise ses enseignements dans les faits et les données positives.

Nous terminerons en disant un mot de la méthode suivie par MM. Bard et Robiquet. En analysant les lois constitutionnelles et en les rapprochant des anciennes constitutions de la France et des institutions actuelles des autres peuples, ils ont fait de leur livre une excellente étude de législation comparée, en même temps qu'un commentaire judicieux et complet de la Constitution. Ce n'est ni une œuvre de polémique, ni un traité théorique, mais un travail utile qui répond parfaitement à la situation présente. On a vu trop souvent les théories démenties par les événements pour ne pas leur préférer les leçons de l'histoire et l'expérience des diverses nations. Ainsi comprise, l'étude du droit constitutionnel, en même temps qu'elle procure la connaissance des lois générales qui président au développement des États, porte en soi les enseignements les plus précieux et les plus féconds.

LÉON CHOPPARD.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA CONDITION DES EMPLOYÉS DANS LES CHEMINS DE FER,

Par M. Lespinasse, premier avocat général près la Cour de Pau.

Il serait superflu de s'attacher à faire ressortir l'importance des chemins de fer qui sillonnent notre pays. La facilité et la rapidité des communications qui en résultent, ont donné déjà et donneront de plus en plus au commerce et à l'industrie d'incalculables développements.

D'immenses capitaux ont été engagés dans ces entreprises, et, grâce au taux modique des actions et des obligations, il n'y aura bientôt plus de fortune privée, même parmi les plus modestes, qui ne possède quelques-unes de ces valeurs.

On ne saurait donc laisser passer avec indifférence les décisions judiciaires qui peuvent porter atteinte à la prospérité de ces grands établissements.

Au nombre des questions de cette nature se placent sans contredit celles qui touchent à la condition des travailleurs employés par les compagnies.

Dans les premières contestations qui s'élevèrent à ce sujet, on essaya de soutenir que les travailleurs, attachés aux chemins de fer, ne pouvaient être congédiés sans des motifs graves dont l'appréciation appartenait exclusivement aux tribunaux. C'était une violation manifeste des principes les plus certains de la matière. L'article 1780 du Code civil, en prohibant le louage de services pour la vie entière, a laissé au libre arbitre du patron et de l'ouvrier la détermination des limites dans lesquelles serait renfermé leur engagement. Il suit de là que si la durée n'en a pas été fixée, aucune des parties n'a le droit de combler seule cette lacune, et que les tribunaux eux-mêmes n'ont pas le pouvoir de la remplir. Chaque contractant peut donc retirer son consentement le lendemain du jour où il l'a donné; et celui qui use de ce droit ne saurait devoir à l'autre, pour cela seul, aucune in-

Digitized by Google

demnité. L'usage cependant a modifié la rigueur du principe, en imposant aux deux parties l'obligation d'un avertissement préalable qui permette à chacune d'elles de parer aux inconvénients d'une cessation de services imprévue. Telle est la doctrine qui a prévalu depuis longtemps parmi les auteurs et devant les tribunaux. On ne s'est pas même arrêté à cette prétention qu'un salaire stipulé à tant par an pouvait impliquer une durée obligatoire d'une année entière, et l'on a jugé sans hésitation qu'une pareille clause avait pour but unique d'indiquer ce qui serait dû proportionnellement pour une période quelconque. On peut voir dans ce sens trois arrêts, l'un de Bruxelles (12 janvier 1828), l'autre de Paris (21 octobre 1841), le troisième, de la Cour de cassation (18 avril 1831). Toutes ces décisions sont rapportées par Dalloz au mot *Louage d'ouvrage et d'industrie* (p. 552). Les commentateurs ne sont pas moins explicites (voir notamment Dalloz à l'article précité, n° 51 ; Duvergier, t. IV, n° 204 ; Duranton, t. XVII, n° 229, et Troplong, *Louage*, n° 862). Vainement on avait cherché à éluder cette règle, en alléguant les connaissances spéciales qu'exigent certains emplois conférés par les compagnies, les sacrifices que les candidats ont pu s'imposer pour les obtenir, l'espérance qu'ils ont naturellement conçue d'un établissement durable. De semblables considérations avaient été déjà soumises aux tribunaux dans l'intérêt de personnes exerçant des professions pour lesquelles une aptitude spéciale pouvait être nécessaire, et qui sortaient de la catégorie des hommes de peine; la solution avait toujours été la même : liberté complète des contractants, quant à la durée des services, lorsqu'aucun terme n'a été fixé. — Ainsi l'avaient jugé la Cour de cassation pour un jardinier (arrêt de 1831), la Cour de Bruxelles pour un commis-marchand (arrêt de 1828), et la Cour de Paris pour un employé dans une maison de commerce (arrêt de 1821).

Les motifs de maintenir cette jurisprudence relativement aux compagnies des chemins de fer étaient encore plus puissants. Les agents nombreux qu'elles emploient, les rapports incessants qu'elles ont avec le public, et qui font peser sur elles de si lourdes responsabilités, par suite de la moindre faute, rendaient plus nécessaire pour elles une entière liberté dans la disposition de leur personnel. On ne saurait donc

Digitized by Google

s'étonner que les tribunaux aient persisté à maintenir à leur égard la pureté de la doctrine, en repoussant toutes les demandes de dommages-intérêts formées par des employés qui prétendaient avoir été congédiés sans motif. Il nous paraît utile de rappeler les textes mêmes de deux arrêts émanés de la Cour suprême qui ont définitivement fixé dans ce sens la jurisprudence.

Le premier, sous la date du 21 juillet 1873, porte :

« Attendu qu'il n'y a quasi-délit que s'il y a faute, que « l'exercice d'un droit reconnu par la loi ne peut constituer « une faute, ni par conséquent soumettre à des réparations « civiles celui qui use de ce droit;

« Attendu que le louage de service pour un temps in- « déterminé peut toujours cesser par la volonté de l'un ou « de l'autre des contractants, en observant les conditions « expresses ou tacites de l'engagement, et notamment les « délais de congé consacrés par l'usage;

« Attendu que le jugement attaqué a repoussé la révocation « de l'employé du chemin de fer, sous prétexte qu'elle aurait « été prononcée sans motif légitime, et qu'en jugeant ainsi « il a violé les dispositions des articles 1382 et 1134 du Code « civil, la Cour casse. »

Dans un arrêt du 5 août de la même année, on lit également :

« Attendu qu'il est de principe que le louage de service, « sans détermination de durées, peut toujours cesser par « la seule volonté de l'une des parties, en observant toute- « fois les délais de congé consacrés par l'usage, ainsi que « les autres conditions expresses ou tacites de l''engage- « ments;

« Attendu que le jugement attaqué a condamné la compa- « gnie à payer une indemnité à son employé, par l'unique « motif que les *causes invoquées par elle n'avaient pas une « gravité suffisante, et qu'ainsi elle a faussement appliqué, et, « par suite, violé l'article* 1382 *du Code civil; — Casse.* »

Ainsi la Cour pose nettement le principe de la liberté absolue, qui appartient aux deux parties, de mettre fin aux services dont la durée n'a pas été déterminée d'avance. Les seules exceptions admises par elle sont celles qui résulteraient de l'usage ou de stipulations particulières.

Digitized by Google

Cette règle a été appliquée par la généralité des Cours d'appel : quelques-unes, cependant, semblent ne s'y être soumises qu'à regret, et avoir fait effort pour tourner l'obstacle opposé à leurs tendances trop favorables aux employés. — Ainsi la Cour d'Alger, interprétant abusivement la restriction relative à la faute (26 janvier 1875, 1, 75, 2) a supposé qu'il y aurait faute, et, par conséquent droit à des dommages-intérêts, par cela seul qu'on pourrait imputer à une compagnie d'avoir donné un congé *par caprice*. Une telle décision n'était pas autre chose que la négation formelle de la faculté, si hautement reconnue aux deux parties par la Cour suprême, de rompre la convention par un acte de pure volonté. Si cette faculté existe en effet, comment le patron, qui en use pouvrait-il être réputé avoir commis une faute? On oublie la maxime toujours vraie, malgré son ancienneté : « *Nemo injuriam facit qui jure suo utitur.* » La Cour de cassation admet, il est vrai, l'influence des usages sur la durée de l'engagement. Mais ces usages ne sont pas un mystère : ils ont pour objet de laisser aux deux parties le temps de parer aux inconvénients de la vacance. Ce délai est, pour les domestiques, de huit jours à Paris, de quinze jours à Bruxelles, d'un mois dans les chemins de fer. Encore le patron est-il libre de faire cesser immédiatement le service, en payant pour la durée de ce délai une indemnité proportionnelle au salaire annuel ou mensuel.

Ces règles, qui établissent une égalité parfaite entre les contractants, sont le résultat de l'esprit d'équité dont notre législation moderne porte de plus en plus l'empreinte.

Dans l'ancien droit, comme l'atteste Pothier (*Louage*, n° 176), le maître seul pouvait donner un congé sans motif, tandis que le domestique ou l'ouvrier était passible de dommages-intérêts, s'il abandonnait son travail sans quelque raison plausible.

La Cour d'Alger avait trouvé un autre moyen de réserver à l'ouvrier renvoyé, selon son expression, *par caprice*, une action en indemnité.

Elle avait découvert, dans le louage au service des compagnies le caractère d'une société, et comme d'après les articles 1865 et 1869 du Code civil, si chaque associé est toujours libre de se retirer, il ne peut le faire à contre-temps

Digitized by Google

sous peine de dommages-intérêts, il y aurait, dans tous les cas, une question d'opportunité à soumettre aux tribunaux, et le principe de la cessation libre de ce genre de louage disparaîtrait entièrement.

Nous ne pensons pas qu'il soit besoin d'une longue discussion pour montrer l'inexactitude de cet aperçu. — L'élément le plus essentiel de la société est la poursuite d'un bénéfice à partager entre les membres du corps social (art. 1832 C. civ.). — Dans les chemins de fer, les employés de tout ordre ont un traitement fixe, indépendant des chances de l'exploitation, ils ne sont donc pas associés.

Il reste une hypothèse dans laquelle la liberté réciproque serait sans aucun doute enchaînée, c'est celle d'une convention spéciale. Mais il faut soigneusement distinguer les clauses qui peuvent lier la compagnie envers ses agents, de celles qui ont uniquement trait à l'ordre du service, et qui engagent seulement les employés vis-à-vis de la compagnie.

La plupart des administrations de voies ferrées ont fondé, en faveur de leurs ouvriers, des caisses de retraite, formées des retenues opérées sur les salaires. Afin de conserver une liberté d'action qui leur est indispensable dans leurs rapports avec leur personnel et pour n'être pas obligées à faire le décompte de ces retenues à chaque mutation, elles ont établi en principe que les employés ne seraient pas reçus à les répéter, s'ils étaient renvoyés avant le temps fixé pour la retraite. Il y a quelques exceptions à cette règle, mais les compagnies s'en réservent l'appréciation exclusive. — Une telle clause oblige évidemment les deux parties contractantes, et l'employé ne pourrait en éluder l'application, ni réclamer les cotisations versées, sous prétexte que son renvoi ne serait point légitime. C'est ce que la Cour de cassation a maintes fois décidé et notamment le 18 décembre 1872 (S., 73, 1, 83), et le 24 mai 1876 (S., 76, 1, 520).

Sur quoi se fondent ces arrêts? Sur ce double motif que la stipulation n'a rien d'illicite, qu'*elle lie les deux parties*, et que le renvoi des employés, emportant privation des retenues, est entièrement facultatif pour les compagnies.

A côté de ces dispositions, également obligatoires pour

Digitized by Google

ous, les règlements contiennent des prescriptions qui tracent aux employés investis d'une mission de surveillance ou de commandement, la ligne de conduite à suivre à l'égard de leurs subordonnés. L'observation de ces prescriptions régarde exclusivement l'administration supérieure, qui peut y ramener, si elle le juge *opportun*, les agents qui s'en écartent. Mais elles ne donnent certainement pas aux plus humbles manœuvres un droit de *contrôle contentieux*, qui viendrait à chaque instant entraver la marche du service.

Un surveillant omet de se conformer à ces recommandations vis à vis d'un inférieur, celui-ci porte sa plainte à un employé plus haut placé qui apprécie la réclamation, mais tout s'arrête là, sauf le droit pour le plaignant de quitter la compagnie, s'il n'est point satisfait.

S'il fallait en venir, pour chaque incident de ce genre, à une constatation judiciaire, l'exploitation des voies ferrées deviendrait impossible. C'est évidemment dans cette catégorie de prescriptions que rentrent les instructions données aux employés dirigeants, pour qu'ils ne congédient pas les travailleurs placés sous leurs ordres, sans les avoir une ou deux fois fait avertir d'être plus attentifs à leur tâche. Mais au dessus de ces relations entre les agents des diverses catégories, plane le principe suivant lequel les compagnies sont complétement libres de renvoyer leurs agents, sans avoir à déduire de motifs ; faire de ces avertissements une condition indispensable du congé, ce serait se jeter dans des complications inextricables. Quelle forme devraient-ils revêtir? Faudrait-il qu'ils fussent donnés par écrit ou devant témoin? A quels intervalles de temps devraient-ils être réitérés? Le règlement est muet à cet égard... pourquoi? Parce que tout dépend de la libre appréciation de la compagnie. Aussi, la clause relative aux avertissements préalables est-elle suivie de cette restriction, qui en indique la véritable portée : « *Sauf les cas graves qui pourraient donner* « *lieu à l'expulsion immédiate.* »

Qui sera juge de cette gravité? Les tribunaux? ce n'est pas sérieux! — Quoi! à chaque mutation d'un facteur, d'un homme d'équipe, d'un simple terrassier, il faudra que la compagnie soutienne un procès pour faire recon-

Digitized by Google

naître la légitimité de ses griefs ! Ce serait, en realité, transporter à l'autorité judiciaire l'exploitation des chemins de fer.

Un principe demeure au-dessus de ces subtilités : c'est la liberté réciproque de mettre fin, par un acte de pure volonté, au louage de service d'une durée indéfinie. Les compagnies n'ont certainement pas entendu renoncer à cette faculté, si importante pour elles, lorsqu'elles ont invité leurs agents supérieurs à ne point multiplier les changements dans le personnel. Elles ont indubitablement voulu demeurer seules arbitres de ces remplaçements. Où serait, sans cela, la réciprocité qui doit exister dans tout contrat commutatif ? L'ouvrier pourrait, sans cause ni prétexte, cesser d'un jour à l'autre son service et causer ainsi, dans certains cas, un embarras notable à l'administration, et celle-ci serait obligée, pour le congédier, de subir un procès et de le gagner devant toutes les juridictions, ou de payer des dommages-intérêts quelquefois énormes. Une telle prétention choque tellement le bon sens qu'elle se réfute d'elle-même.

Il ne faut pas oublier que les Compagnies n'exploitent que temporairement les chemins de fer; que l'État doit leur succéder à des époques déterminées d'avance et peut même se substituer à elles par un rachat immédiat, comme il vient de le faire pour certaines lignes. — Si les Compagnies sont assujetties à tant de formalités pour disposer des emplois qu'elles confèrent, l'État, en prenant leur place, assumera toutes leurs obligations; et à une époque où l'inamovibilité est si gravement menacée dans les positions où elle semblait le plus nécessaire, on la verrait refleurir au profit de simples manœuvres qui ne pourraient être dépossédés de leur emploi *que pour cause de forfaiture déclarée par les juges compétents*, comme le disait, relativement aux membres des tribunaux, la Constitution de frimaire an VIII. Laissons de côté ces systèmes fantaisistes qui tendent à tourner la loi, n'osant la combattre ouvertement, et tenons pour certain qu'à moins d'une stipulation manifestement destinée à lier les mains aux Compagnies dans un ordre de faits où la liberté d'action leur est indispensable, elles ont le droit de renvoyer leurs employés sans avoir à déduire les motifs de leur détermination.

Digitized by Google

Leur seule obligation est de payer, en ce cas, le salaire convenu durant les délais ordinaires des congés.

Les Compagnies, usant de ménagements envers les travailleurs engagés à leur service, ont cherché à diminuer autant que possible les conséquences pénibles d'un renvoi imprévu, en accordant une indemnité plus forte à leurs agents lorsque leur renvoi a eu pour cause la suppression de leur emploi. — Très-souvent il arrive qu'elles qualifient ainsi par humanité une expulsion pure et simple.

Qui croirait que cette mesure de bienveillance a été retournée contre elles? On leur a dit : « Vous prétendez expli-« quer le renvoi par une suppression. L'allégation est fausse, « puisque l'ouvrier congédié a été immédiatement rem-« placé ; donc vous devez des dommages-intérêts. »

Un mot suffit pour répondre à cet étrange raisonnement. — Il n'y a pas à examiner si le motif indiqué par les Compagnies est vrai ou faux, puisqu'elles ne sont tenues d'en donner aucun. — Elles ont bien voulu, pour ménager l'amour-propre et l'intérêt pécuniaire de l'ouvrier, faire une déclaration trop indulgente : elles n'ont qu'à la retirer et le congé n'en sera pas moins inattaquable. La demande de dommages-intérêts est donc dénuée de tout fondement.

On peut consulter, dans le sens opposé à notre doctrine, un récent arrêt où tous les arguments que nous venons de réfuter se trouvent reproduits et habilement développés (Cour d'appel de Pau, 9 janvier 1878, Sir., 1879, 2e partie).

H. LESPINASSE.

Digitized by Google

RAPPORT DE M. D'OLIVECRONA AU CONGRÈS PÉNITENTIAIRE DE STOCKHOLM [1]

SUR LE MOUVEMENT PROGRESSIF DE LA RÉFORME PÉNITENTIAIRE DE 1872 à 1878

d'après les communications successives de M. Ch. Lucas, de l'Institut de France.

Messieurs, M. Ch. Lucas, membre de l'Institut de France, que son âge avancé et son état de cécité ont empêché de se rendre à Stockholm, m'a chargé de faire hommage au Congrès, en son nom, d'un recueil de ses dernières publications relatives au mouvement progressif de la réforme pénitentiaire. J'ai l'honneur de soumettre aux lumières du Congrès un exposé analytique de ces publications collectionnées *ad hoc* par le doyen de la réforme pénitentiaire, sous le titre de *Recueil de communications successives à l'Institut de France sur le mouvement progressif de la réforme pénitentiaire, de* 1872 *à* 1878, c'est-à-dire depuis l'ouverture du Congrès pénitentiaire de Londres jusqu'à celle du Congrès de Stockholm. Cet exposé analytique est un devoir qui s'imposait à moi comme correspondant, en Suède, de l'Institut de France, pour les sciences morales et politiques, et je me suis efforcé de le remplir de mon mieux en comptant beaucoup moins sur mes forces que sur l'indulgence du Congrès.

Le nombre des communications que comprend ce recueil est de 18. Une table manuscrite en présente l'énumération par ordre chronologique avec l'indication du titre de chacune.

Trois communications concernent les Congrès de Londres et de Stockholm. L'Académie des sciences morales et politiques avait chargé en mai 1872 une commission, composée de MM. Charles Lucas, Faustin Hélie et Charles Vergé, de

[1] L'intéressant et savant rapport de M. d'Olivecrona, conseiller à la Cour suprême de Suède et correspondant de l'Institut de France, lu à la séance du 21 août 1878 du Congrès international pénitentiaire de Stockholm, sera nécessairement inséré dans le compte rendu des travaux de ce Congrès ; mais nous sommes heureux de pouvoir le mettre sous les yeux de nos lecteurs, grâce au manuscrit qu'a bien voulu nous communiquer M. d'Olivecrona.

Digitized by Google

lui présenter ses observations sur les travaux préparatoires du congrès de Londres. C'est au nom de cette commission que M. Lucas exposa à l'Académie, dans les séances des 22 et 29 juin, les observations dont elle lui avait confié le développement. Cette communication, antérieure au congrès de Londres, fut suivie, après sa clôture, d'une seconde communication, sous le titre de : *Examen critique du programme du Congrès de Londres.* Enfin, la troisième communication, relative aux travaux préparatoires du congrès de Stockholm, a été faite à la séance du 19 mai 1877.

Deux communications se rapportent à la statistique, en ce qui concerne la législation criminelle, l'une relative à la statistique internationale de M. Beltrani-Scalia ; l'autre à la statistique pénitentiaire publiée en France par le ministère de l'intérieur.

Trois communications se rattachent aux deux questions de la prolongation du régime cellulaire et à celle de la nécessité d'un maximum normal pour éviter l'abus de l'agglomération dans les établissements pénitentiaires. Sur cette seconde question, les criminalistes sont généralement d'accord en principe ; mais en fait les gouvernants résistent à l'application de ce principe, qui compromet à leurs yeux le régime financier, intéressé à de gros chiffres de population pour réaliser l'économie des frais généraux. M. Lucas reproche aux gouvernants de méconnaître la principale économie, qui est celle des récidives, alimentées par l'abus de l'agglomération qu'il dénonce comme l'un des plus grands obstacles à la réforme pénitentiaire.

Quant au régime cellulaire, on ne saurait, sans ingratitude, voir un adversaire de ce régime dans M. Lucas qui, dans sa théorie de l'emprisonnement, en 1836, en a le premier en France proposé l'application aux détenus avant jugement, sous le nom d'emprisonnement séparé, et aux petits délinquants, dans l'emprisonnement après jugement ; qui en a conseillé l'emploi momentané dans toutes les prisons, pour les besoins de la répression disciplinaire, et qui l'a enfin introduit dans le transport des détenus par la voiture cellulaire. Seulement, sa confiance dans le régime cellulaire n'a pas été absolue et illimitée, comme celle de M. de Toqueville, qui étendait ce régime jusqu'aux jeunes détenus. M. Lucas,

Digitized by Google

dans toutes ses communications à l'Institut, s'est montré l'énergique et persévérant adversaire de l'application du régime cellulaire aux jeunes détenus et aux adultes condamnés à long terme, mais en sachant tout ensemble respecter les convictions qu'il ne pouvait partager et honorer le talent de leurs défenseurs.

Trois communications sont consacrées, dans ce recueil, à la grave question de la transportation pénale; et si l'on ajoute à ces trois communications celle faite aux séances de l'Académie des 29 janvier et 5 février 1853 par M. Lucas, on aura un véritable traité sur cette question, considérée à tous ses points de vue : historique, philosophique, économique, répressif et pénitentiaire. M. Lucas s'y montre l'adversaire persévérant et résolu du système de la transportation pénale, qu'il définit la politique du débarras.

Le remarquable rapport de M. Félix Voisin, présenté au nom de la commission d'enquête parlementaire sur le régime pénitentiaire, a fourni à l'honorable académicien, dont nous regrettons tous ici l'absence, l'occasion d'une longue et intéressante communication, où il expose d'abord l'ensemble et l'importance des travaux de cette commission, qui constitue une date mémorable dans l'histoire de la réforme pénitentiaire. Puis il passe à l'examen du projet de loi proposé au nom de cette commission parlementaire sur la révision de la loi du 5 août 1850 relative à l'éducation et au patronage des jeunes détenus. Il indique les puissantes considérations par lesquelles M. Félix Voisin, dans son rapport, élève le sujet à la hauteur d'un problème d'ordre moral et social; et les appréciations que le savant rapporteur développe successivement sur les principaux systèmes théoriques et pratiques que la colonisation des jeunes détenus présente en France, soit celui des groupes par famille, suivi avec tant de succès par la discipline laïque de la Société paternelle de Mettray; soit celui de la discipline un peu monastique de la Grande-Trappe; soit celui de la colonie fondée par la Société protestante de Sainte-Foy; soit celui de la colonie de Citeaux, de la Congrégation religieuse de l'abbé Rey; soit enfin, dit le rapport, « Celui de la colonie du Val-d'Yèvre, près de « Bourges, colonie dans laquelle M. Charles Lucas a mis en « pratique l'idée dont il avait donné la formule dans son

Digitized by Google

« célèbre ouvrage sur la *Théorie de l'emprisonnement : l'amen-*
« *dement de l'enfant par la terre et de la terre par l'enfant.* »

C'est le rapport même de M. Félix Voisin qui conduit ainsi au point de vue spécial de cette théorie et de sa mise en pratique au Val-d'Yèvre, point de vue trop intéressant pour ne pas arrêter un moment l'attention.

Mettray et le Val-d'Yèvre sont aujourd'hui les deux types justement reconnus en France et même en Europe, l'un de la colonie privée et l'autre de la colonie publique.

Le système de Mettray est bien connu par de nombreuses et intéressantes publications; mais comme il s'agissait, au Val-d'Yèvre, d'un essai sur les études duquel il ne voulait pas appeler une publicité prématurée, son fondateur s'est imposé une grande circonspection; et pendant les vingt-cinq années d'existence de cette excellente colonie, comme établissement privé, il n'a fait que de rares communications à cet égard, soit au public, soit à l'Institut. Ce n'est qu'à partir d'octobre 1872, date à laquelle le succès bien constaté de la colonie privée détermina le gouvernement français à la transformer en colonie publique, que M. Ch. Lucas appela l'attention de l'Institut sur cette transformation qui allait faire succéder pour ladite théorie l'expérimentation de la gestion publique à celle de la gestion privée.

Ce recueil comprend, à cet égard, quatre communications dont l'une est l'hommage du discours prononcé par le fondateur à l'occasion de la prise de possession, par l'État, de la colonie privée en colonie publique, suivi d'un examen comparé des colonies publiques et des colonies privées; la troisième est intitulée : *L'Orphelinat agricole et l'utilité qu'il peut retirer de la colonie du Val-d'Yèvre* et des résultats de la théorie de l'amendement de l'enfant par la terre et de la terre par l'enfant.

La quatrième communication, relative aux deux existences du Val-d'Yèvre, comme colonie privée et comme colonie publique, est une *Note chronologique dans l'ordre des idées et des faits sur la fondation de la colonie d'essai du Val-d'Yèvre comme établissement privé et sa transformation en colonie publique*, publiée à l'occasion du projet de loi présenté le 11 mars 1878 pour donner la consécration législative à la transformation de cet établissement privé en établissement public.

Digitized by Google

Jusqu'ici c'est dans les publications des étrangers qui sont allés étudier sur place le système du Val-d'Yèvre, qu'on peut puiser le plus de renseignements sur sa mise en pratique. Mais je puis y joindre moi-même des informations et des appréciations personnelles, par suite de l'étude que j'ai faite de la belle colonie du Val-d'Yèvre sur les lieux mêmes dans deux voyages en France en 1868 et 1872.

C'est après ma visite au Val-d'Yèvre, en 1868, à mon retour en Suède, où, à cette époque, les colonies pénitentiaires de France étaient presque inconnues, que je publiai une notice sur le Val-d'Yèvre. Ce fut en 1872, au retour de mon second voyage en France, où j'avais visité Mettray en même temps que le Val-d'Yèvre, que je publiai la seconde édition de mon mémoire sur le Val-d'Yèvre et la première de celui consacré à Mettray, en faisant distribuer ces mémoires aux membres de la Diète suédoise et à ceux du Storthing norvégien, afin de stimuler l'opinion publique en Suède et en Norvége sur l'utilité d'appliquer la colonisation agricole aux jeunes délinquants.

On conçoit ainsi l'intérêt avec lequel j'ai dû lire dans le *Journal officiel* de France le remarquable exposé des motifs consacré au projet de loi qui, par l'acquisition du Val-d'Yèvre, doit donner la consécration de la durée à l'autorité d'un précédent qui intéresse essentiellement la réforme pénitentiaire. J'ai remarqué, dans cet exposé des motifs, ce qu'avait déjà constaté, du reste, d'après des renseignements puisés aux sources officielles, M. Hello, inspecteur général des prisons, dans ses deux intéressants articles sur la fondation du Val-d'Yèvre, insérés en 1852 dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, à savoir : que la pensée de M. Lucas avait été que l'essai dont il n'entendait accepter que la responsabilité morale et non pécuniaire se fît par la gestion publique, et qu'il ne se résigna à la fondation de l'établissement privé qu'à regret et pour répondre à l'appel que le gouvernement faisait à son dévouement [1].

[1] « M. Lucas, en entreprenant une œuvre qui se présentait comme une « expérimentation difficile à tenter, ne faisait que répondre à l'appel adressé « par l'administration de l'époque à son dévouement, à ses lumières, à son « entente parfaite des questions pénitentiaires. Avec quel succès cette œuvre

Digitized by Google

C'est en prenant avec raison ce dévouement en sérieuse considération que l'exposé des motifs reconnaît pour le projet de loi le devoir de se placer au double point de vue de l'équité et de l'intérêt de l'État.

Cet exposé des motifs fait le plus grand honneur non-seulement au système du Val-d'Yèvre, mais encore à la gestion publique qui a su si habilement en continuer la mise en pratique et en recueillir des résultats si satisfaisants à tous les points de vue, et étonnants même au point de vue financier, ainsi que l'atteste le prix de journée, qui pour toutes les dépenses ordinaires et extraordinaires, est descendu à 0 fr. 61 en 1877. Cette infériorité du prix de la journée de présence au Val-d'Yèvre à celui des établissements publics et privés, a procuré à l'État, pendant les quatre premières années, une économie de 374,179,93[1]. Aucun document officiel n'indique en France un ensemble de renseignements suffisants pour constater le prix de revient des colonies publiques en terres et bâtiments; mais en frais de construction seulement, la seule dépense connue révèle l'économie que doit réaliser l'État par l'acquisition du Val-d'Yèvre. Je ne prétends pas toutefois que le prix d'achat du Val-d'Yèvre puisse être opposé par l'examen critique aux autres colonies publiques comme terme comparé du prix de revient. Quand on a visité, comme je l'ai fait à deux reprises, ce bel établissement d'une contenance d'au moins 330 hectares de terre, qui présente d'une part des améliorations foncières si considérables et un rendement agricole si prospère, et d'autre part un ensemble de bâtiments de plus de 6,000 mètres carrés de superficie, bien construits et bien disposés pour tous les besoins des services économique, religieux, agricole et professionnel d'une population de 400 colons, — plus encore les bâtiments de la colonie annexe dites des ménages, affectée aux pères de famille, qui remplissent l'emploi de contre-maître-gardiens; il n'est pas admissible que le prix d'achat 562,500 francs puisse représenter le prix de revient.

« a été accomplie, c'est ce que constate l'enquête parlementaire sur le ré-« gime des établissements pénitentiaires. » (Exposé des motifs, *Journal officiel*, 1878, p. 3218.)

[1] Voir *Note chronologique*, p. 10.

Digitized by Google

Aussi l'exposé des motifs déclare-t-il que le prix d'achat est inférieur même à la valeur réelle de la colonie.

Cette déclaration, qui me paraît aussi vraie que vraisemblable, n'est peut-être pas facilement conciliable avec le point de vue de l'équité précédemment si recommandé. En face d'un fondateur qui, sur l'appel de son gouvernement, s'était dévoué à une expérimentation dont ce gouvernement n'avait pas osé prendre la responsabilité, l'équité, tout en conseillant la gratitude, ne prescrivait pas de rénumérer le succès. Mais pouvait-elle autoriser de faire subir au dévouement sur le prix d'achat l'infériorité de la valeur réelle? Le prix d'achat ne devait-il pas être, aux yeux de l'équité, le prix de revient pour une fondation dont on reconnaissait, d'un commun aveu, que la gestion avait été aussi économique qu'intelligente?

L'exposé des motifs du projet de loi forme avec la note chronologique deux intéressants documents qui se complètent l'un par l'autre. Le premier constate au point de vue administratif les avantages que l'État a retirés du succès de la colonie d'essai du Val-d'Yèvre et la valeur pratique de ce précédent. L'autre en atteste la valeur scientifique en montrant dans l'ordre chronologique des idées et des faits, comment la pensée de la fondation du Val-d'Yèvre, qui a son point de départ dans les pétitions en 1827 et 1828 de M. Lucas aux Chambres de son pays sur la nécessité d'établissements spéciaux à consacrer aux jeunes détenus, qui se précise ensuite par la théorie de l'amendement de l'enfant par la terre et de la terre par l'enfant appliqué au défrichement des terres incultes et fertilisables, et qui se réalise enfin en 1847 par l'établissement privé de la colonie d'essai du Val-d'Yèvre, transformée en 1872 en colonie publique, remonte ainsi aujourd'hui à une date de cinquante années.

Si je me suis assez longuement étendu sur le Val-d'Yèvre, c'est parce qne les quatre communications qui, dans ce recueil, s'y rattachent, appelaient particulièrement l'attention; c'est encore parce que de toutes les colonies agricoles pénitentiaires de France, c'est celle qui m'est le mieux connue, et enfin parce que c'est celle encore sur laquelle, malgré sa grande notoriété, on a publié peut-être le moins de renseignements précis.

Digitized by Google

Il ne me reste plus à mentionner dans ce recueil que deux communications qui se rattachent à la société générale des prisons; l'une est relative au but et à l'utilité de sa fondation, l'autre est l'hommage à l'Académie du remarquable exposé fait par M. Lucas, le 7 juin, à la séance d'installation de cette société, qu'il présidait comme doyen de la réforme pénitentiaire en France, du développement progressif dans l'ordre des idées et des faits en France pendant les cinquante dernières années. Je me garderai bien de venir apprécier ce remarquable exposé historique de la réforme pénitentiaire en France pendant un demi-siècle, après l'éloquente appréciation dont il fut l'objet à la séance suivante du 27 juin de la Société générale des prisons, par l'homme éminent qui la présidait, M. Dufaure, dont la France s'honore comme de l'une de ses grandes illustrations.

Si, dans les dix-sept autres communications qu'il contient, ce recueil se renferme dans la limite assez étroite de moins de six années, cette dernière communication est une utile compensation. Elle présente, en effet, pour les cinquante dernières années, le résumé historique du développement théorique et pratique de la réforme pénitentiaire en France.

Il est à désirer que M. Lucas réalise le plus prochainement possible la publication de ses communications par lesquelles il a non-seulement constaté et suivi depuis son entrée à l'Institut, en 1836, le mouvement progressif de la réforme pénitentiaire, mais encore y a pris une part si active par ses services administratifs. Ces communications, en effet, ne présentent pas seulement, dans l'ordre des faits, leur enchaînement historique, mais elles forment dans leur ensemble un corps de doctrines qui se rattachent à sa théorie de l'emprisonnement, soit pour en affermir les fondements, soit pour y compléter les principes insuffisamment développés, soit pour y corriger des imperfections et y remplir des lacunes.

K. D'OLIVECRONA.

Digitized by Google

DE LA NATURE ET DES EFFETS DE LA SUBROGATION,

Par M. Léopold Thézard, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, Avocat à la Cour d'appel.

1. Origine de la subrogation. Droit romain : bénéfice de cession d'actions.
2. Ancien droit français : Dumoulin, Pothier, Merlin.
3. Code civil. — Règle d'interprétation. Systèmes divers.
4. Différences établies entre la subrogation et la cession : principes de ces différences.
5. Inapplicabilité de l'article 1690 du Code civil. — Distinction quant aux droits d'enregistrement.
6. La subrogation au point de vue du créancier subrogeant.
7. La subrogation dans les rapports du subrogé et du débiteur.
8. Limitation du droit du subrogé à ses déboursés. — Droit aux intérêts.
9. La subrogation suppose-t-elle un changement dans la créance même?
10. Le subrogé cesse-t-il d'avoir droit aux intérêts que produisait la créance au-dessus de 5 p. 100.
11. Payement avec subrogation pour le mineur permis au tuteur.
12. Prescription opposable par le débiteur au subrogé.
13. Limitations à la subrogation résultant d'obligations antérieures.
14. Raison de ces limitations.
15. Subrogation au profit de la caution.
16. Subrogation au profit du tiers détenteur contre la caution.
17. Application de la subrogation en cas de remise partielle par concordat.

1. L'origine de la subrogation se trouve principalement dans la cession d'actions établie en droit romain au profit de celui qui, étant tenu lui-même de la dette, comme caution ou codébiteur, désintéressait le créancier. Cette cession d'actions reposait sur une interprétation du fait accompli entre le créancier et celui qui le désintéressait.

Quand une personne verse aux mains d'un créancier une somme équivalente au montant de la créance, en se réservant de recourir contre d'autres personnes tenues de la créance, ce fait, sans aucune fiction, peut être interprété de deux façons, selon l'intention des parties.

Ou bien, celui qui verse la somme aux mains d'un créancier entend payer la dette, et par suite l'éteindre; le créancier de son côté entend recevoir le payement, c'est-à-dire voir exécuter envers lui l'obligation contractée ; en même temps, le *solvens* acquiert une action contre le débiteur libéré, soit en vertu du contrat de mandat ou de société qui existe

Digitized by Google

entre eux, soit, à défaut de contrat, comme ayant géré utilement son affaire. L'action *pro socio*, ou *mandati contraria*, ou *negotiorum gestorum contraria* naîtra alors du fait du payement, et sera distincte de l'action originaire du créancier, laquelle est éteinte.

Ou bien, au contraire, celui qui verse la somme entend devenir à son tour créancier de l'obligation originaire, non pas *proprio nomine*, étant donnés les principes du droit romain, mais comme *procurator in rem suam;* le créancier alors ne recevra pas un payement, mais le prix de la cession de créance; et celui qui aura versé la somme exercera contre les autres personnes tenues de l'obligation, non pas l'action *mandati* ou *pro socio*, ou *negotiorum gestorum*, mais l'action même ou les actions qui étaient aux mains du créancier primitif, sauf à voir repousser ou restreindre sa demande à raison de quelque exception naissant de ses rapports avec les tiers contre lesquels les actions lui ont été cédées.

L'un et l'autre procédé donnent les mêmes résultats principaux, quoique par des voies différentes. Dans l'un comme dans l'autre cas, le créancier est désintéressé de ce qui lui est dû, et celui qui le désintéresse acquiert un recours pour rentrer dans ses déboursés. Mais pour ce dernier, l'acte sera plus avantageux s'il est considéré comme cessionnaire, lorsque la créance originaire sera garantie par des hypothèques ou des cautions : il succédera en effet à ces droits, qui n'eussent point été attachés à son action de société, de mandat ou de gestion d'affaires, et par là sera plus assuré du remboursement.

Si le tiers qui s'adresse au créancier pour le désintéresser est lui-même absolument étranger à l'obligation, l'interprétation la plus naturelle de l'opération sera assurément de supposer une cession de la créance: mais en même temps cette cession ne pourra résulter que de la volonté exprimée par le créancier; car rien ne le force à céder ses droits.

Si au contraire le tiers qui verse la somme due au créancier est lui-même tenu à un titre quelconque de l'obligation, comme codébiteur solidaire, fidéjusseur, etc. l'interprétation la plus naturelle sera celle d'un payement opéré, car c'est ce qu'on avait le droit de lui demander. Mais alors aussi apparaîtra mieux encore l'utilité d'adopter l'autre interprétation :

Digitized by Google

pourquoi le créancier, désintéressé sous une forme ou sous l'autre, refuserait-il à celui qui le satisfait, de prendre son acte comme un achat de créance, au lieu de le prendre comme un payement? Il n'a aucun intérêt à ce refus; celui qui le désintéresse, et qui y est contraint par les poursuites mêmes de ce créancier, trouve au contraire un grand avantage à cette manière d'entendre les choses.

De là ce bénéfice de cession d'actions que l'équité fit reconnaître par les jurisconsultes romains : ils admirent que, le créancier poursuivant soit l'un des codébiteurs solidaires, soit un fidéjusseur ou un *mandator credendæ pecuniæ*, on pourrait lui demander de céder ses actions contre le débiteur principal, et que faute par lui de consentir cette satisfaction équitable, il pourrait être repoussé par l'exception *cedendarum actionum* (ou par l'exception de dol, en laquelle se résument tous les moyens de défense fondés sur la bonne foi).

L'innovation des jurisconsultes romains ne consistait pas précisément à créer cette interprétation; la volonté des parties y suffisait, et peut-être la pratique avait déjà montré cette voie quand le bénéfice de cession d'actions fut introduit; l'innovation résidait dans l'obligation imposée au créancier de consentir cette cession lorsqu'il poursuivait une personne obligée à la dette sauf recours contre d'autres.

Les jurisconsultes admirent en ce point une interprétation bien plutôt qu'une fiction : *non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit* (Paul, L. 36, D., *De fidej. et mandat.*).

Le droit d'exiger la cession d'actions, limité à certains égards, quant aux fidéjusseurs et aux *correi promittendi*, par le principe de l'unité d'obligation et celui de la consommation du droit par le *litis contestatio*, reçut au contraire son plein développement et ses dernières conséquences au profit du *mandator credendæ pecuniæ*, qui échappait à ces causes de restriction. Il fut admis : 1° que le *mandator*, même après le jugement rendu, même après le payement fait, serait fondé à exiger du créancier la cession des actions (L. 95, § 10, D., *De solut.*), ce qui revenait à dire que le payement serait après coup interprété comme versement d'un prix de cession; — 2° que le créancier serait tenu de conserver toutes ses actions pour les céder au *mandator*, et pourrait être repoussé par voie

Digitized by Google

d'exception s'il ne pouvait plus lui en faire une cession efficace (*ead.* L. 95 § 11). Dans ces deux solutions, on reconnaît l'esprit large et ingénieux de Papinien. De la première à l'admission de plein droit d'une cession sous-entendue, il n'y avait qu'un pas.

2. Dans l'ancienne jurisprudence française, le bénéfice de cession d'actions fut développé par les jurisconsultes sous l'inspiration du droit romain; il fut aussi établi en certains cas par des ordonnances sous le nom de subrogation.

Pour Dumoulin, le Papinien français, la cesssion d'actions est bien véritablement une transmission du droit du créancier à celui qu'il désintéresse. Dans son traité *de contractu usurarum* (n° 333), il explique que celui qui offre de désintéresser le créancier, étant lui-même sans intérêt dans la dette, n'a pas le droit d'exiger la cession des actions : *Secundo casu*, dit-il, *quando offerens vult sibi cedi non debet audiri... Secundo vero casu, non esset liberatio, sed creditoris mutatio, et cogere eum ad vendendum jus suum, quod est injuriosum.* Et plus loin (n° 334), parlant au contraire des cas où l'on peut exiger la cession : *Creditor tenetur cedere nomen ipsum cum usuris ipsis præteritis et futuris, cum hypothecis et ipso jure... tenetur nomina ipsa cum omni jure suo vendere, cedere et transferre... nec enim videtur quod creditor hoc denegare possit, cum sine ullo dispendio hoc possit.*

Conduit par une idée de progrès logique, Dumoulin professe en même temps que lorsqu'une personne obligée à payer pour autrui désintéressera le créancier, la cession d'actions lui sera acquise de droit, sans réquisition ni stipulation ; c'est-à-dire que l'acte devra être interprété comme cession et non comme payement. Cette vue si simple, et qui consistait à sous-entendre ce qui était d'usage et de droit, ne devait être admise que par le Code Civil : la doctrine de Dumoulin ne fut reçue en pratique que pour les cas particuliers où les ordonnances et les coutumes accordaient expressément le bénéfice de subrogation; pour que, dans les autres cas, la cession d'actions eût lieu, il fallait et il suffisait qu'elle fût requise.

Quant à la nature même de cette cession d'actions, les successeurs de Dumoulin, frappés des circonstances parti-

Digitized by Google

culières qui lui donnaient naissance, cherchèrent à la différencier du transport ordinaire des créances, à concilier dans le même acte l'idée de payement et celle de cession : ils eurent recours, pour tout expliquer, au moyen commode d'une *fiction de droit.*

« La subrogation, dit Pothier (*Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans* n°s 66 et 69), est une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et priviléges, à celui de qui il reçoit son dû. Le payement, quoique fait avec subrogation, est un vrai payement, et ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé au créancier est censé avoir plutôt acheté de lui sa créance que l'avoir payé, *magis emisse nomen quam solvisse intelligitur;* laquelle fiction ne doit profiter qu'à lui. »

Merlin (*Rép.*, v° SUBROGATION DE PERSONNES), résume à un autre point de vue la différence entre le transport et la subrogation. «Les jurisconsultes les plus favorables à la subrogation sont bien éloignés de porter ses effets aussi avant. Ils soutiennent que la subrogation transfère un droit semblable à l'ancienne dette, *jus simile*, mais ils avouent que ce droit n'est pas la dette même : *sed hæc actio*, dit Johannes Faber, *non est eadem in essentia cum prima.* Les lois, toujours justes dans leurs expressions, disent que le créancier succède *in locum,* mais non pas *in actionem primi.* »

Combien, par ces procédés de fiction, nous sommes loin de l'énergique simplicité de Dumoulin! nous voilà reportés avec Johannes Faber, aux subtilités scolastiques du XIVe siècle[1].

La cession d'actions ou subrogation prit ainsi le caractère d'une fiction, d'un acte à double face, investi de deux na-

[1] Merlin (*ibidem*) invoque lui-même l'autorité de Dumoulin (*De usuris*, quest. 43), pour distinguer la subrogation de la cession : « *Licet creditor,* « dit Dumoulin, *dicat se cedere, vendere jus suum, tamen hoc non intelligitur* « *fieri ad transferendum dominium, sed solam hypothecam in cessiona-* « *rium, quia non censetur emere et dare pecuniam dominii adquirendi* « *causa, sed gratia servandi pignoris.* » Merlin s'est mépris sur le sens de ce passage. Dumoulin suppose un créancier auquel a été constitué en gage un objet qu'il a le droit de vendre. Un tiers qui a droit au bénéfice de cession d'actions le désintéresse et obtient la cession. Il est censé acquérir la créance et le droit de gage, mais non la propriété de l'objet : quoi de plus naturel? Le créancier avait le droit de céder sa créance, et le droit de vendre le gage; l'acte intervenu comporte la cession de la créance et non la vente du gage : il faut l'exécuter suivant sa portée et ses termes.

Digitized by Google

tures incompatibles entre elles. Au lieu de chercher, par l'analyse et l'interprétation des faits, à expliquer l'opération accomplie et ses conséquences, sans en détruire l'unité rationnelle, on préféra cette contradiction de rattacher certaines conséquences à l'extinction de la créance, certaines autres à sa persistance : avait-on au moins cette ressource de dire que la créance, objet de la subrogation, perdait une partie soit de son montant, soit de ses qualités, et conservait le surplus ? Nullement : c'était bien la même créance, prise dans son ensemble et dans son existence même, qui était réputée éteinte d'un côté et toujours existante de l'autre; ou bien c'étaient les qualités de cette créance anéantie qui, par une sorte de transfusion, passaient à une nouvelle créance. A l'objection qui eût pu leur venir à l'esprit, nos anciens jurisconsultes répondaient par leur adage familier : *Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.* Erreur profonde : la fiction, c'est-à-dire le non-être, ne peut rien opérer, et l'effet qui en résultera en apparence sera le produit de quelque réalité cachée[1].

[1] Notre ancien droit, en toutes matières, abuse de cette idée de fiction; aimez-vous le mensonge, on en a mis partout. La tradition feinte, avec ses variétés, comme la tradition de brève-main, la saisine, la représentation, l'effet rétroactif du partage, la compensation, la subrogation, etc., etc., tous ces effets de la loi sont réputés fictions. Avec le *bienfait de la loi*, autre plaie du droit, ce constant appel à la fiction fausse la plupart des théories : au lieu d'entrer dans la substance des choses pour dégager la cause rationnelle des règles juridiques, on s'arrête à la surface, et si un point embarrasse, on se contente de cette explication commode qu'il y a là une fiction ou un bienfait de la loi. Rien n'est plus propre à troubler l'esprit de ceux qui débutent dans le droit ou n'en ont acquis qu'une connaissance imparfaite : le droit leur apparaît comme un monde ténébreux et peuplé de fantômes; à force d'y voir la fiction ou le privilége, ils se figurent que c'est là l'essence de cette science.

Le droit romain, auquel nos anciens auteurs croyaient emprunter ce procédé de fiction, en était moins prodigue. Ce qu'on y appelait *fictions, actions fictices* ne consistait point à substituer une idée fausse à la réalité, mais simplement à imiter, à *modeler* la conséquence d'un fait sur celle d'un autre plus ou moins semblable (c'est le sens propre du mot *fingere*, d'où *figulus*). On dit généralement, par exemple, que dans l'action publicienne, il y avait une fiction, que le préteur supposait accomplie une usucapion qui ne l'était pas. Il suffit de relire la formule de cette action (Gaius, IV, 36) pour voir qu'il n'en est rien : le préteur explique les faits tels qu'ils sont, en marquant ce qui rapproche l'hypothèse prévue de celle d'une usucapion accomplie, et en faisant aussi la différence, et il attache à la situation ainsi établie l'action utile qu'il institue.

Digitized by Google

3. Les rédacteurs du Code ont admis cette fiction, au moins dans une certaine mesure : ils ont qualifié l'opération de *payement* avec *subrogation*, ce qui implique bien à la fois l'extinction de l'obligation et la substitution d'une personne nouvelle dans les droits du créancier. « L'obligation est éteinte à l'égard du créancier, dit Bigot de Préameneu, par le payement que lui fait une tierce personne subrogée dans ses droits, sans que l'obligation soit éteinte à l'égard du débiteur. »

La plupart des auteurs modernes, loin de réagir contre cette idée de fiction, en ont fait la base de leur théorie et parfois l'ont exagérée plus encore que nos anciens auteurs. Il y a entre eux quelques divergences : plusieurs, s'appuyant de quelques passages des travaux préparatoires, restreignent la fiction aux cas de subrogation légale, et dans les cas de subrogation conventionnelle, ne reconnaissent qu'une cession sous un autre nom. Puis, qu'ils appliquent la fiction avec plus ou moins d'étendue, ils se divisent encore sur sa nature et son effet propre. Les uns considèrent la créance originaire comme absolument éteinte par le payement, mais ses sûretés et accessoires comme transportés sur la nouvelle créance, naissant du mandat, de la société, ou de la gestion d'affaires, au profit du subrogé contre le débiteur. Les autres veulent qu'il y ait à la fois payement, c'est-à-dire extinction de la créance, dans les rapports du créancier subrogeant avec le subrogé, et cession ou transmission de cette même créance éteinte, dans les rapports du subrogé avec le débiteur.

Pour nous, ni l'une ni l'autre de ces idées, qu'elles aient été ou non celles du législateur, ne nous paraît admissible. La loi ne peut réaliser ce qui est impossible à la raison; elle peut seulement employer des expressions impropres pour exprimer, quelquefois avec plus d'énergie, des résultats qui sont en son pouvoir. Mais le rôle de l'interprète n'est pas de chercher dans ces expressions impropres une sorte de formule magique qui donne l'être à une fiction, ou la possibilité à une contradiction.

Or, quels que soient les termes employés par le législateur, il est impossible qu'une obligation soit à la fois éteinte et existante; vainement dira-t-on qu'elle est éteinte quant à

Digitized by Google

l'un et non quant à l'autre; l'existence est chose indivisible en soi; une créance peut périr pour partie, elle peut perdre quelques-uns de ses attributs; elle peut ne pas être et ne pas être dans son essence.

Il est pareillement impossible qu'une obligation périsse sans entraîner avec elle ses accessoires et ses garanties, qui n'ont été créés que pour elle et ne vivent que par elle; dès lors, les accessoires ne sauraient se reporter sur une autre obligation, non plus que les qualités d'une substance sur une autre.

Sans doute, quand un créancier aura transmis la créance, on pourra dire qu'il est payé, quoique la créance subsiste; mais il est payé en ce sens qu'il ne peut plus réclamer la créance, qu'il n'en n'est plus titulaire, et qu'il en a retiré tout le bénéfice possible, ce qui équivaut, comme résultat pratique, au payement véritable; en ce sens, l'expression de payement s'appliquerait à la réception du prix d'une cession quelconque. Mais le payement qui laisse subsister la créance au profit de qui que ce soit n'a certainement pas éteint cette créance.

Sans doute encore, lorsque deux obligations munies de garanties différentes sont de même chiffre, et qu'un des créanciers prend la place de l'autre, on peut exprimer le fait en disant que les garanties d'une créance se reportent sur l'autre : les deux créances étant identiques dans leur objet ne peuvent se distinguer que par leur cause et leur sujet; si elles se réunissent sur une même tête, il sera indifférent aux intéressés que les garanties s'appliquent à l'une ou à l'autre; pour eux, c'est la même créance, du moment que la même chose est due : *Tantumdem est idem*. Mais en réalité, il n'y a pas alors survivance des accessoires à une créance éteinte; la créance dont les accessoires sont conservés subsiste nécessairement; seulement, elle prend la place d'un autre ou se réunit à elle. Ainsi doit s'expliquer la permutation dans le rang des hypothèques, ou cession de priorité; ainsi encore, lorsqu'on stipule dans la novation la conservation des priviléges ou hypothèques de la créance primitive, ce n'est qu'à la condition de conserver cette créance elle-même, et la novation n'est pas alors la substitution complète d'une créance nouvelle à l'ancienne. Dans

Digitized by Google

toutes ces hypothèses, l'attribution apparente des accessoires d'une créance à une autre ne peut avoir lieu que s'il y a identité d'objet dans les deux créances, et le fait s'interprétera toujours rationnellement par la transmission ou le maintien de la créance au profit de celui qui devra bénéficier des accessoires.

La règle d'interprétation ainsi comprise, pour déterminer la nature propre de la subrogation, nous ne ferons pas abstraction totale de la tradition recueillie par le Code chez nos anciens auteurs, ni des termes expressifs, quoique inexacts, qu'a pu employer le législateur : seulement, au lieu de chercher dans la fiction et la contradiction le moyen d'expliquer les divers résultats attachés à l'idée de subrogation, nous le chercherons dans une conception une et concordante. Nous ne prétendons pas donner des solutions neuves, mais simplement discuter les solutions reçues, rejeter celles qui sont incompatibles avec les principes du droit, interpréter les autres par l'analyse de leurs éléments rationnels; il ne nous semble pas conforme à l'esprit scientifique de voir dans la constitution définitive de la subrogation « le succès de la fiction contre la vérité [1] », et de considérer ce succès comme un progrès remarquable, encore moins d'exagérer la fiction et la contradiction. Il faut plutôt rechercher, sous les termes qui impliquent une contradiction apparente, la raison d'être qui réunit les solutions diverses; il faut surtout ne pas oublier que nous sommes ici en matière d'obligations, c'est-à-dire dans une matière où la volonté des parties opère ce qu'elle veut, si elle n'est empêchée par quelque lien de droit ou par quelque impossibilité de raison; que c'est l'interprétation de cette volonté qui fait la règle, et que les expressions employées, soit par les parties elles-mêmes, soit par la loi qui supplée à leur silence, n'ont de valeur que comme manifestation de cette volonté, et ne produisent d'autre effet que celui de cette volonté même (art. 1134).

Or, nous nous trouvons en présence de deux idées incompatibles, et qui seules peuvent expliquer, plus ou moins, les divers résultats : l'idée de payement et celle de cession

[1] M. Demolombe, *Obligations*, t. IV, p. 314.

Digitized by Google

L'idée de payement est manifestement contradictoire à la plupart des résultats admis, et au principe même que le subrogé acquiert les droits et actions du créancier. Il ne reste donc qu'à voir si l'idée de cession rencontre des contradictions semblables : si elle peut résister à l'épreuve, c'est elle qui devra fournir l'explication, tout en comportant certaines modalités tirées de la diversité des circonstances.

4. Tout d'abord l'idée d'une cession, c'est-à-dire d'une transmission de la créance, est comprise dans cette formule de la loi, que le créancier subroge une autre personne *dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur* (art. 1250 1°, cf. art. 872, 2029). Les droits du créancier, c'est sa créance même; pour qu'une personne y soit substituée, il faut que cette créance soit transmise et non éteinte. Cette idée n'est pas moins conforme à la réalité possible des faits : le créancier qui est désintéressé, et celui qui le désintéresse, peuvent entendre, ou bien opérer un payement, ou bien une transmission de la même créance de l'un à l'autre; la première interprétation peut être plus naturelle, mais la seconde est également admissible : seulement, elles sont incompatibles entre elles; sans parler même de Dumoulin, nos anciens auteurs, et Pothier lui-même, ne qualifiaient pas en général l'opération d'un autre nom que celui de *cession d'actions*, tiré du droit romain, tout en voyant une fiction là où il n'y avait qu'une interprétation.

De là cette conséquence, reconnue généralement, même par ceux qui admettent la fiction, que la créance du subrogé a les caractères intrinsèques de celle du subrogeant, qu'elle succède à la commercialité, à la force exécutoire du titre, au droit d'employer la contrainte par corps, si la créance primitive comportait ces attributs ou ces sanctions.

Il faut donc maintenant examiner si les différences signalées entre la cession et la subrogation en font, à quelque point de vue que ce soit, deux actes d'essence différente. M. Demolombe, celui de nos auteurs qui répudie avec le plus d'énergie l'assimilation, rattache à sa manière de voir une série de huit différences (*Obligations*, t. IV, nos 304 à 339).

1° Le subrogé ne peut répéter contre le débiteur que le montant de ce qu'il a effectivement payé pour lui;

Digitized by Google

2° La disposition de l'art. 1690 n'est pas applicable au payement avec subrogation ;

3° Le subrogeant n'est pas tenu de l'obligation de garantie envers le subrogé ;

4° Le tuteur peut payer, avec subrogation, la dette de son pupille;

5° La disposition de l'article 1252 n'est pas applicable au transport-cession de la créance;

6° Le subrogé n'a pas toujours le droit d'exiger les mêmes intérêts que le subrogeant pourrait exiger;

7° La créance du subrogé qui a une cause nouvelle a pareillement un objet nouveau;

8° La prescription applicable à la créance du subrogé n'est pas celle qui courait contre le subrogeant.

A cette énumération, dont l'ordre logique est sujet à discussion, on peut ajouter deux autres différences, qu'admet aussi le même auteur :

9° Lors même que la créance originaire ne produisait pas d'intérêts, le subrogé peut en réclamer contre le débiteur;

10° La cession donne lieu à un droit d'enregistrement de 1 p. 100 pour transmission de droits mobiliers; la subrogation ne donne lieu qu'au droit de quittance : l'administration de l'enregistrement admet cette solution pour la subrogation légale, mais maintient l'assimilation avec le transport-cession pour la subrogation conventionnelle.

Toutes ces différences, ou doivent être rejetées, ou sont susceptibles de se concilier avec l'idée d'une véritable cession.

Il n'y a point, quant à la nature de l'opération, à distinguer entre les diverses espèces de subrogations, bien qu'elles puissent différer par d'importantes particularités. En acceptant provisoirement l'assimilation avec la cession, la subrogation consentie par le créancier est une cession volontaire; la subrogation consentie par le débiteur opère une sorte d'expropriation du créancier [1]; la subrogation légale est pareillement une cession que la loi impose et suppose.

[1] Nous n'avons pas insisté sur l'origine de cette subrogation consentie par le débiteur, malgré son caractère singulier. La première idée s'en trouve dans le droit romain (L. 7, § 8, D., *Qui potiores in pignore ;* L. 2, D., *De pign. actione*), où elle apparait comme une substitution de rang hypothé-

Digitized by Google

Mais ces diverses cessions interviennent dans des circonstances particulières, résultant soit de la libre volonté des parties, soit de l'obligation où est le créancier de les subir. Les principales de ces circonstances peuvent se résumer ainsi :

1° Le créancier subrogeant, n'étant obligé de céder ou n'y consentant que parce qu'il n'en doit éprouver aucun préjudice, ne cède aussi que sous cette condition;

2° Il peut exister entre le subrogé et le débiteur une relation, soit de mandat, soit de gestion d'affaires, qui, se combinant avec la cession, en modifiera les conséquences;

3° Quand le subrogé est lui-même tenu de la dette à un titre quelconque, son engagement personnel disparaît, et la créance en est diminuée; mais son obligation peut encore réagir sur l'effet de la subrogation.

Voyons, en adjoignant ces divers éléments à la conception d'une cession volontaire ou forcée, quels résultats nous obtiendrons.

5. Tout d'abord, faisons la part du *bienfait de la loi*, des différences réelles entre le transport-cession proprement dit et la subrogation.

Il en est jusqu'à deux que la tradition et l'intention probable du législateur nous font admettre : 1° la non application de l'article 1690, c'est-à-dire l'inutilité de la signification faite au débiteur ou de son acceptation dans un acte authentique; 2° la non perception du droit de transport de valeurs mobilières. Mais on conviendra que ce ne sont pas là des différences essentielles et nécessaires, et que la loi, sans changer le caractère du transport-cession, aurait pu le dispenser de la notification ou acceptation et des droits

caire au profit de celui qui prête l'argent pour désintéresser un premier créancier. L'édit de 1609, qui la régla, naquit de la situation anormale faite aux crédits-rentiers par un autre édit de 1601. Dans les circonstances ordinaires, ce genre de subrogation ne saurait avoir beaucoup d'application; car le créancier qu'on offrira de désintéresser refusera rarement une subrogation volontaire. L'édit de 1609 lui-même se réfère à l'idée de transport; car il déclare que « ceux qui fournissent leurs deniers... sont et demeurent subrogés aux droits et hypothèques des anciens créanciers, *sans autre cession ni transport*. » C'est donc, comme nous l'avons dit, une sorte de cession forcée ou d'expropriation.

Digitized by Google

d'enregistrement : l'endossement commercial ne cesse pas d'être en soi un transport, pour n'être pas soumis à ces règles.

Si on veut, d'ailleurs, discuter la valeur de la disposition de l'article 1690, on reconnaîtra facilement le caractère peu rationnel des différences ici indiquées entre la cession ordinaire et la subrogation.

La notification de la cession au débiteur, ou son acceptation, est exigée pour l'effet de cette cession : 1° quant au débiteur lui-même ; 2° quant aux cessionnaires ultérieurs ; 3° quant aux créanciers du cédant qui feraient saisie-arrêt aux mains du débiteur cédé.

Au point de vue du débiteur cédé, que veut la raison? que tant qu'il ignore le changement du créancier, il puisse payer valablement à l'ancien créancier, toujours possesseur de la créance, que dès qu'il a connaissance du changement, il doive, au contraire, payer au cessionnaire. Dans ces termes, la solution s'applique évidemment au débiteur contre lequel un tiers est subrogé : s'il ignore le payement avec subrogation, il sera libéré en payant au créancier primitif, d'après l'article 1240. Réciproquement, et en cas de cession, il sera difficilement admissible que le débiteur qui aura eu connaissance de la cession autrement que par les modes énoncés dans l'article 1690, mais qui l'aura, par exemple, acceptée sous seing privé, ne soit pas exposé à une action pour fraude s'il a postérieurement payé au cédant. Quant au payement, la différence disparaît donc ; elle ne subsisterait que pour la compensation, effet de la loi et non de la volonté des parties : encore pourrait-on contester sur ce point.

Au point de vue du cessionnaire ultérieur, il est assurément bizarre que le point de savoir si une cession antérieure lui sera ou non préférable, dépende de l'accomplissement d'une formalité passée entre le premier cessionnaire et le débiteur, dépourvue de toute publicité ; traitant en dehors du débiteur, le second cessionnaire ne sera pas plus averti de l'acceptation ou notification qu'il ne l'a été de la cession même. Et s'il traite ayant connaissance personnelle de la cession primitive, mais avant qu'elle ait été notifiée ou acceptée, est-il équitable de le préférer au premier cessionnaire?

Digitized by Google

Enfin, à l'égard des créanciers du cédant, qui font une saisie-arrêt après la cession faite, quoique non notifiée ou acceptée, il est encore anormal de leur permettre de considérer la cession comme non avenue; ayant suivi la foi de leur débiteur, ils devraient respecter tous les actes par lui consentis, et prendre comme gage son patrimoine tel qu'il l'a fait pour lui-même. Tout ce qu'ils seraient en droit d'exiger, d'après les principes ordinaires, c'est que l'acte même de cession eût date certaine à leur égard avant leur saisie-arrêt. Du système de la loi, il résulte que les créanciers du cédant pourront avoir à la fois pour gage, et le prix de la cession, s'il l'a touché et non dissipé ni dissimulé, et la créance cédée elle-même.

Les exigences de l'article 1690, en même temps qu'elles sont peu justifiées, sont illusoires : rien n'est plus facile que de s'en affranchir. Sans parler de la transmission par endossement pour les effets de commerce, on arrivera très-facilement, et par divers moyens, au résultat d'une cession parfaite sans remplir les formalités légales : que le débiteur consente à la novation au profit d'un nouveau créancier, même par acte sous seing privé, et qu'on stipule en même temps, comme la loi le permet (art. 1278), le transfert des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance sur la nouvelle; on aura, quant au résultat général, une véritable cession, opposable aux tiers sans notification ni acceptation authentique.

Enfin, dans la plupart des cas, étant donnée la subrogation même, on pourra produire tous les effets de la cession (car les autres différences signalées sont accidentelles et rares), et on sera dispensé des formalités de l'article 1690, par un simple changement de mots; il n'y aura qu'à dire *payement avec subrogation* au lieu de *cession*. Et pourtant il s'agit de formalités indépendantes de l'intention des parties, et qui, aux yeux de la loi, sont nécessaires au regard des tiers pour fixer le droit envers eux. Cette considération seule suffirait à prouver combien est arbitraire en théorie, combien est peu essentielle la distinction faite sur ce point[1].

[1] La Cour de cassation, par un récent et notable arrêt (8 mai 1878, D., 1878, 1, 241), a enfin consacré la ruine méritée du principe de l'article 1690, en reconnaissant la légalité de la stipulation qui déclare une créance civile trans-

Digitized by Google

Aussi quelques auteurs ont pensé que la subrogation légale seule devait bénéficier de cette dispense de notification et d'acceptation. Il ne peut dépendre des parties, ont-ils pensé, de s'affranchir, par une pure modification des termes, de formalités requises dans l'intérêt des tiers, alors que la cause de l'opération reste la même et que son résultat doit être identique : la subrogation consentie par le créancier devrait donc, pour être efficace *erga omnes*, être notifiée ou acceptée. Cette opinion trouve un appui sérieux dans les travaux préparatoires du Code (Bigot de Préameneu, sur l'article 1236). Nous l'admettrions volontiers, si la règle de l'article 1690 répondait à un intérêt sérieux. Mais nous concédons non moins volontiers à l'avis contraire, que l'intention du législateur, en séparant la subrogation de la cession ordinaire, a été de soustraire ce genre particulier de cession aux formalités de l'article 1690; de même, suivant l'opinion la plus accréditée, l'article 832, en mettant parmi les opérations du partage l'attribution des créances héréditaires à chaque cohéritier, a implicitement dispensé cette attribution des mêmes formalités. Seulement, ni dans ce cas ni dans l'autre, la nature intime de l'acte n'est altérée par cette particularité.

On pourrait proposer encore cette explication : la subrogation supposant, en même temps qu'une cession, un mandat du débiteur ou une gestion d'affaires dans son intérêt, ce rapport juridique, préexistant ou concomitant, équivaut à une acceptation de sa part.

Quant à la question fiscale, la non perception du droit de transmission de valeurs mobilières ne serait encore qu'une faveur accordée à certaines cessions. Mais ici il y a un intérêt sérieux et se traduisant par des chiffres. Aussi l'administration de l'enregistrement, dans ses instructions interprétatives de la loi, a-t-elle restreint cette faveur. A la subrogation conventionnelle, considérée comme une cession pure et simple, elle applique le droit de cession. Ainsi elle prévient la fraude facile, qui éluderait les droits fiscaux par un simple changement de formule. Elle se contente, au contraire,

missible par voie d'ordre ou d'endossement; ainsi est autorisée facultativement, mais directement, et pour la cession proprement dite, la suppression des formes de l'art. 1690; c'est le dernier coup porté à une théorie surannée.

Digitized by Google

du droit de quittance pour le payement avec subrogation légale : ce tempérament pourrait s'expliquer judaïquement, parce que l'acte porte seulement alors payement et quittance, et que la subrogation ou cession est un effet de la loi, produit en dehors de toute manifestation de volonté des parties. Mais, derrière cette raison quasi matérielle, il y a une considération qui suffirait à justifier la solution; le transport de créances qui s'opère alors est le résultat d'une situation obligatoire antérieure : non-seulement le transport est imposé au créancier, mais celui-là même qui le désintéresse était obligé de le faire, soit par son obligation, soit par un intérêt grave et légitime. De même qu'il eût été dur, au point de vue de la loi civile, de lui dénier le droit à la cession d'actions, de même il serait rigoureux de lui faire payer un droit pour cette cession, qui lui procure seulement un droit plus efficace. L'esprit des lois sur l'enregistrement comporte ces tempéraments; dans l'hypothèse déjà citée d'un partage de succession, l'attribution des créances héréditaires aux divers héritiers, cession véritable, mais imposée par les nécessités mêmes du partage, n'est point soumise au droit de transmission; elle bénéficie de l'effet déclaratif.

D'autres points appellent maintenant notre attention : il s'agit de déterminer les effets spéciaux de la subrogation, soit quant au créancier subrogeant, soit dans les rapports du subrogé avec le débiteur et avec les autres personnes tenues, personnellement ou hypothécairement, de la dette.

6. Dans les rapports du créancier subrogeant avec le subrogé, on signale deux différences avec la cession ordinaire :

1° Si on a fait cession d'une créance imaginaire ou déjà éteinte, le cédant, soumis à l'action en garantie, est tenu à restituer au cessionnaire évincé non-seulement le prix de la cession, mais aussi les intérêts à titre de dommages-intérêts, et, de plus, les frais et loyaux coûts de l'acte; le subrogeant, au contraire, étant censé avoir reçu un payement, n'est soumis qu'à la répétition de l'indû, et, par suite, il ne doit payer les intérêts et rembourser les frais de l'acte au subrogé que s'il est de mauvaise foi (art. 1378, C. civ.);

2° Si une créance est cédée pour partie, et que les biens du

Digitized by Google

débiteur soient insuffisants pour payer la créance entière, le cédant et le cessionnaire viendront en concours chacun pour ce qui leur est dû : car ce que le cédant a transmis et ce qu'il a réservé sont deux parties de même qualité dans la créance totale. Au contraire, le subrogeant gardera la préférence contre le subrogé pour ce qui lui reste dû : *Nemo contra se subrogare censetur* (art. 1252). Comment, dit-on, expliquer ce résultat? C'est que le subrogeant a réellement reçu un payement partiel, payement extinctif, qui ne permet plus d'invoquer à son égard les droits de privilége et d'hypothèque; ces droits, par leur indivisibilité, continuent seulement à garantir ce qui lui reste dû.

Ces résultats sont ainsi présentés comme créant une incompatibilité entre l'idée de cession et celle de subrogation.

N'est-il pas possible, pourtant, tout en les reconnaissant fondés, de les accorder avec l'idée de cession?

Rien ne semble, au contraire, plus facile, si l'on tient compte des circonstances.

Un tiers se présente au créancier, comme mandataire ou *negotiorum gestor* du débiteur, et lui dit : « Vous vous préparez à poursuivre votre débiteur; je viens vous acheter dans son intérêt une partie de cette créance, espérant que vous attendrez pour le surplus. — Volontiers, répond le créancier; mais ma créance n'est pas à vendre, et je ne suis pas contraint de vous la céder. J'espérais obtenir le payement; je consens à en faire une cession partielle, mais sous la condition que cette cession me laissera les mêmes droits qu'un payement partiel : stipulons donc que, dans le cas où nous ne pourrions obtenir tous deux notre payement intégral, je resterai préférable à vous pour la portion de créance qui me reste. » La stipulation ainsi établie sera parfaitement valable, et n'empêchera nullement que l'acte ne soit une véritable cession. — De même, il est loisible au créancier qui cède une créance contestée, mais qui la cède à la demande du cessionnaire, de stipuler que, si la dette est reconnue non existante, il sera tenu seulement de rembourser le prix de la cession, sans intérêts ni frais d'acte.

La différence de situation entre le créancier qui entend faire une affaire et celui qui, au contraire, cède par complaisance, différence d'où résulteront ces conséquences pratiques,

Digitized by Google

pourrait se formuler théoriquement par le critérium que donnaient les Sabiniens pour distinguer dans l'échange celui qui devait jouer le rôle de vendeur : *si venalem rem habuit* (Gaius, III, 141) ; mais l'intention des parties se révèle d'une façon plus précise par les expressions qu'elles ont employées : y a-t-il eu *cession* pure et simple, on applique les conséquences ordinaires ; y a-t-il eu *payement avec subrogation*, le créancier indique la modalité qu'il entend apporter à sa cession : au point de vue rationnel, le mot *payement* est impropre ou exagéré, mais il dénote l'intention dans laquelle on a traité.

Dans les hypothèses de cession forcée du droit romain, transformées chez nous en cas de subrogation légale, cette modification de la cession se comprend encore plus facilement. Le droit absolu du créancier est d'obtenir son payement, et de l'obtenir de celui-là même qui, au lieu de payer, va demander à acheter la créance. Il est équitable que le créancier accepte ce dernier mode de procéder ; car le résultat lui doit être indifférent, et il sera désintéressé de toute façon : mais ainsi forcé de céder par cette raison unique, qu'il ne doit pas envier à autrui un bénéfice qui lui laisse, quant à lui, le même avantage qu'un payement, il ne saurait y être contraint qu'en tant que cet avantage lui demeurera pleinement assuré. Dès lors, tous les effets de la cession qui y seraient contraires devront être supprimés.

A plus forte raison, d'après les termes du Code, la subrogation s'opérant de plein droit, et sans qu'on ait à faire appel au créancier, la cession dans laquelle la loi supplée sa volonté ne saurait l'astreindre à subir un concours ou une obligation de garantie auxquels il ne consent pas.

7. Dans les rapports du subrogé avec le débiteur, la subrogation se ramène pareillement à une cession d'actions, mais qui admettra certaines modifications, parce qu'elle supposera une cause particulière.

La cession de créances apparaît ordinairement comme un fait de spéculation, où le cessionnaire, agissant à ses risques et périls, et sans aucun lien de droit avec le débiteur cédé, n'a d'autre intention que de devenir titulaire de la créance en échange du prix qu'il donne. Entre le subrogé et le débiteur ou les autres personnes tenues de la créance, il y a, au

Digitized by Google

contraire, un lien de droit. Ce lien, dans certains cas, existera indépendamment de la constitution originaire de la créance, et résultera des seules circonstances où le créancier sera désintéressé. D'autres fois, il y aura, en outre, un engagement préexistant du subrogé dans la dette, à un titre quelconque, et cet engagement influera aussi sur les conséquences de la subrogation.

8. Le fait seul de payement avec subrogation, qu'il y ait ou non obligation antérieure du subrogé à la dette, apparaît comme l'accomplissement d'un mandat ou d'une gestion d'affaires dans l'intérêt du débiteur. Du moment où celui qui désintéresse le créancier déclare payer, il manifeste l'intention de libérer le débiteur, d'opérer quelque chose dans son intérêt, et non pas simplement celle de prendre le lieu et place du créancier. Sans doute, il va devenir créancier à son tour : mais de même qu'à l'égard du créancier le mot de *payement* traduit avec une énergie exagérée l'effet qu'il veut donner à la cession, de même, entre le subrogé et le débiteur, il implique une certaine modalité.

Est-il absolument nécessaire, pour expliquer cette modalité, de répudier l'idée de cession d'actions, pour s'en tenir à celle de payement extinctif? En aucune façon. Le droit romain, dans l'analyse qu'il a donnée des divers intérêts auxquels peut répondre un mandat, fournit par analogie une conception tout à fait propre à expliquer la situation. Supposons qu'un débiteur, pressé par son créancier, donne mandat à l'un de ses amis d'acheter les actions de ce créancier : voilà l'hypothèse même, et dans les conditions les plus pratiques peut-être; car le tiers qui s'adressera au créancier sera mieux accueilli en offrant d'acheter à prix réduit une créance d'un recouvrement douteux, qu'en proposant, au nom du débiteur lui-même, de payer avec une diminution. Le fait du mandat produira en ce cas deux conséquences : l'une, favorable au débiteur; l'autre, avantageuse au subrogé : 1° l'acheteur de la créance, s'il l'a acquise pour un prix inférieur à sa valeur nominale, devra communiquer à son mandant le bénéfice de l'opération; s'il le poursuit pour le tout, le débiteur trouvera dans le fait même du mandat une exception qui réduira la créance à la somme véritablement déboursée.

Digitized by Google

2° Lors même que la créance achetée ne produirait pas d'intérêts, le cessionnaire aura droit aux intérêts de l'avance qu'il aura faite pour l'exécution de son mandat; ces intérêts lui seront dus en dehors de la créance même qui aura passé sur sa tête : ils les réclamera par l'action *mandati contraria*, en même temps qu'il réclamera la créance au moyen de l'action du créancier primitif.

Au lieu d'un mandat, il est facile de concevoir une gestion d'affaires donnant les mêmes résultats. Une personne, voyant un débiteur sur le point d'être poursuivi rigoureusement par un créancier, et agissant dans l'intérêt de ce débiteur, achète la créance : elle est bien alors réellement investie de la créance, et, en même temps, elle remplit le rôle de *negotiorum gestor;* dès lors, elle peut exercer l'action du créancier, aussi bien qu'elle pourrait agir à raison de la seule gestion d'affaires. Mais s'étant présentée comme *negotiorum gestor*, et étant soumise à l'action *negotiorum gestorum directa*, qui lui impose de communiquer tous les bénéfices de l'opération, elle ne pourra réclamer au delà de ses déboursés. En revanche, au moyen de l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui lui sera donnée *in id quod pluris interest*, elle pourra obtenir les intérêts de ses avances.

Mais quant à ce droit aux intérêts, on devra être plus exigeant pour le *negotiorum gestor* que pour le mandataire. Par le fait seul du mandat, le mandataire a droit aux intérêts de ses avances; le mandant, juge de son intérêt, s'est obligé à les payer, et la convention le lie. Le gérant d'affaires, qui agit spontanément, qui se fait juge de l'intérêt d'autrui, n'a droit d'être traité comme mandataire que pour les dépenses utiles et nécessaires; le maître n'est tenu envers lui que si l'affaire a été bien administrée. Il n'y aura lieu au payement d'intérêts, quand la créance originaire n'en portait pas, que s'il y avait urgence à désintéresser le créancier, si par exemple des poursuites étaient commencées ou imminentes [1].

[1] Dans les cas de subrogation légale, il faudra, croyons-nous, appliquer la limitation du recours à la somme réellement déboursée (sauf stipulation contraire, et cession expresse) : le débiteur pourra toujours invoquer contre le subrogé la possibilité où il aurait été d'obtenir lui-même une concession de la part du créancier; le subrogé, qui agit avant tout pour sauvegarder son propre intérêt, doit être censé d'ailleurs n'acquérir les droits que dans

Digitized by Google

Ainsi, le subrogé, sans qu'il soit besoin d'exclure l'idée d'une cession de créance, se distingue du cessionnaire ordinaire par le fait du mandat ou de la gestion d'affaires qui aura présidé à son opération. De là nous déduirons encore une double conséquence.

1° Si le tiers qui désintéresse le créancier agissait en vertu d'un mandat exprès du débiteur, lors même qu'il se serait fait consentir une cession formelle, au lieu d'indiquer qu'il fait un payement avec subrogation, les conséquences ci-dessus ne s'en produiraient pas moins quant à l'étendue de son action.

2° En sens inverse, si le tiers qui désintéresse le créancier n'était lié au débiteur par aucun mandat, et s'il obtenait que le créancier se contentât, pour renoncer à toute action, d'une somme inférieure au chiffre de la créance, mais si en même temps, en stipulant la subrogation, il faisait établir que cette subrogation lui permettrait d'exiger le montant intégral de la créance, cette stipulation devrait avoir son effet : car le tiers avait le droit d'acheter la créance, et le créancier celui de la vendre. Le débiteur ni les autres personnes contre lesquelles la dette a un effet quelconque ne peuvent se plaindre : car leur situation n'est pas empirée, et ils ne peuvent alléguer aucun engagement personnel du subrogé qui le force à restreindre son action. Il y a contradiction, dira-t-on, entre le payement avec subrogation et la réserve d'un recours au delà de ce qui a été payé ; mais dans cette contradiction, apparente ou réelle, il faudra choisir celle des stipulations qui exprime le mieux l'intention des parties, sans léser un droit acquis chez autrui.

Tout ce qu'on pourrait conclure de là, c'est qu'en pareil

la limite de cet intérêt. D'autre part, et précisément parce qu'il agit avant tout pour lui-même, et n'est *negotiorum gestor* qu'accessoirement, il faudrait lui refuser le droit aux intérêts si la créance originaire n'en produisait pas.

Toutes ces questions sont d'ailleurs peu pratiques : il sera rare qu'un créancier consente une quittance avec subrogation sans recevoir son payement intégral, plus rare encore que le subrogé ne fasse pas établir qu'il a payé la somme entière. Quant aux intérêts, le payement avec subrogation ne se produira guère que pour une créance, ou déjà productive d'intérêts aux termes de la convention, ou réclamée par une citation en justice, qui fera courir ces mêmes intérêts : alors le même fait qui démontrera la gestion d'affaires attachera aussi les intérêts à la créance originaire.

Digitized by Google

cas, le subrogé, pour demander la créance intégrale, serait tenu de notifier la subrogation ou de la faire accepter.

On voit, par ces deux exemples, qu'il n'y a point entre la cession et la subrogation une ligne de démarcation infranchissable, une incompatibilité naturelle, et que les différences réelles résident en dehors des mots employés, mais uniquement dans le mandat ou la gestion d'affaires. Mais ce qui reste vrai, c'est que les mots employés, à défaut d'autres circonstances, indiqueront la vraie pensée des parties. A défaut de mandat, à quel signe reconnaîtra-t-on, en effet, qu'il y a eu gestion d'affaires ou cession pure et simple; qu'en désintéressant le créancier, celui qui a versé les fonds a entendu agir dans son intérêt exclusif ou aussi dans celui du débiteur? La gestion d'affaires, en semblable hypothèse, ne s'affirme pas d'elle-même. C'est précisément l'emploi des mots *payement avec subrogation*, qui, à défaut d'autres indices, fera ressortir la gestion d'affaires, et, dès lors, restreindra, toutes choses égales d'ailleurs, le recours du subrogé à la somme déboursée.

Ces observations fournissent à la fois l'explication et la critique de l'article 1236, 2° d'après lequel « l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier ».

Ce texte paraît contenir une prohibition, et cependant il est certain que le créancier peut toujours subroger le tiers qui le désintéresse (1259, 1°). Les rédacteurs du Code eux-mêmes ne se sont pas rendu un compte exact de la règle qu'ils émettaient. D'après Favart, elle signifiait que la subrogation n'a pas lieu de droit au profit de tiers non intéressé qui fait le payement, et qu'il ne peut l'exiger du créancier : proposition exacte en elle-même, mais que le texte n'exprime pas. D'après Bigot de Préameneu, si le tiers agissant en son nom propre, se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un payement, c'est un transport de l'obligation. Cette idée viendrait à l'appui de notre théorie générale, savoir, que dans la réalité des choses, le payement avec subrogation n'est qu'un transport véritable : il ne saurait y avoir de payement proprement dit que là où il

Digitized by Google

y a extinction totale de l'obligation, et par suite lorsque le versement des fonds, s'il est fait par un tiers, a lieu *en l'acquit du débiteur*, c'est-à-dire soit avec l'intention de lui faire une libéralité, soit avec des fonds qu'il a lui-même reçus pour cet usage, soit enfin avec l'intention d'exercer un recours, mais sans succéder au bénéfice de l'obligation primitive, totalement et définitivement éteinte.

Si exacte que soit en pure logique cette explication, elle n'est pas d'accord avec l'ensemble du Code, qui admet au moins dans les termes, le *payement avec subrogation*. Ce qui résulte de l'article 1236, c'est qu'il ne peut y avoir subrogation aux droits du créancier que si le tiers non intéressé dans l'obligation, manifeste l'intention de l'acquitter au nom et en l'acquit du débiteur, c'est-à-dire dans son intérêt; seulement en présence de la liberté donnée à la subrogation par l'article 1250, on reconnaîtra cette manifestation d'intention précisément à ce qu'il y aura eu subrogation stipulée. En d'autres termes, si le créancier paye sans subrogation, il sera censé payer en son nom propre et personnel, et s'il doit alors avoir un recours, ce ne sera que par une action distincte de la créance primitive. L'article 1236 contient donc un renversement de termes, donnant l'apparence d'une prohibition à ce qui devait être une simple règle d'interprétation sur l'effet des conventions intervenues et des termes employés.

LÉOPOLD THÉZARD.

(*La fin à une autre livraison.*)

DE L'INTERPRÉTATION DES VOLONTÉS DANS LE CODE CIVIL,

Par M. Georges APPERT, avocat.

On a coutume de distinguer dans le Code civil les articles impératifs des articles interprétatifs de volonté. Cette division, qui suffit d'ailleurs aux besoins ordinaires de la doctrine n'est cependant pas rigoureusement complète : il est facile de s'en convaincre.

Des dispositions vraiment impératives (ou prohibitives), auxquelles nul ne peut se soustraire (déclaration à l'officier de l'état civil, devoir de la puissance paternelle ou maritale, etc.) on peut rapprocher.

Digitized by Google

1° Celles qui s'imposent dès qu'on veut faire un acte déterminé (formalités du mariage, des donations, organisasation de la propriété, etc.).

2° Et celles qui créent des droits que les parties n'eussent pu se conférer, mais dont elles peuvent écarter le bénéfice (priviléges, etc.).

Personne n'hésite sur la portée qui doit être attribuée à ces dispositions, et si elles sont l'objet de critiques, ce n'est guère que dans le détail[1].

Des articles purement *interprétatifs* de volonté, c'est-à-dire destinés à éclaircir une pensée *exprimée* en termes ambigus par les auteurs d'un acte (art. 1589, 1628, s., 1692, etc.), on peut rapprocher les dispositions *supplétives*, c'est-à-dire écrites pour régler les détails sur lesquels les parties *ont gardé le silence*.

Ici même il faut encore sous-distinguer selon le point de vue auquel s'est placé le législateur. Tantôt, comme dans la matière de la vente ou du louage, il a voulu seulement combler par les usages les lacunes du contrat. Appliquer les intentions probables des parties: tel est alors sont but unique. Tantôt, comme dans la matière des successions ou de la communauté légale, ce point de vue n'a pas été exclusif : des considérations d'intérêt général s'y sont ajoutées.

Dans le travail que la *Revue critique* nous a fait l'honneur d'insérer[2], nous nous attachions aux dispositions que nous appelons *purement interprétatives* des volontés *exprimées*. Sans nous flatter d'avoir, même dans cette mesure, convaincu nos lecteurs, nous désirons faire porter aujourd'hui notre examen sur les dispositions bien plus nombreuses, que nous avons qualifiées de supplétives[3] et reprendre la question plus largement en histoire, en législation et en droit.

Nous rechercherons :

[1] Nous faisons nos réserves sur les définitions. Leur place serait plutôt dans les exposés de motifs que dans les lois.

[2] *Revue critique*, avril 1878.

[3] La distinction étant maintenant établie, nous userons desormais sans scrupule de l'expression générale : dispositions *interprétatives*, en lui conservant son sens usuel. Aussi bien, en suppléant aux lacunes du contrat ou du testament, la loi *interprète*-t-elle le *silence* des auteurs de l'acte. Nous laisserons toutefois de côté, sauf réserve formelle, les successions légitimes et la communauté.

Digitized by Google

1° quelle place occupaient ces dispositions dans la législation romaine et dans notre ancien droit[1];

2° Quelle valeur juridique elles doivent avoir en pratique;

3° Enfin s'il est possible, en bonne législation, de les supprimer entièrement.

Il nous a paru utile de déduire ainsi jusqu'au bout les conséquences du système que nous émettions et de tracer les limites exactes de son application. On en verra ainsi mieux les dangers et les avantages : ce qui permettra de l'adopter ou de le rejeter définitivement.

I

Les Romains se sont-ils préoccupés dans leurs lois de l'interprétation des volontés? Il nous faut distinguer entre l'époque républicaine et l'époque impériale.

§ 1. *Époque républicaine.* — Le droit *civil* était alors constitué par les lois ou plébiscites (*jus scriptum*) et par la coutume (*jus non scriptum*)[2].

Nous avons vainement cherché dans les lois ou plébiscites une seule disposition destinée à interpréter les volontés. A peine le doute peut-il s'élever sur quelques-unes. Les restrictions de la loi Cincia, par exemple, ne tendaient qu'à protéger le donateur contre l'excès de sa générosité. La loi Falcidie était bien conforme aux véritables intérêts du testateur, mais elle ne se proposait pas d'appliquer ses volontés probables puis qu'on lui refusait la faculté d'y déroger (L. 15, § 8, D., XXXV, 2). Enfin le système successoral consacré par la loi des Douze Tables n'était rien moins que le testament présumé du *de cujus*.

Justinien, toutefois (§ 41, *Institut.*, II, 1), fait remonter à cette loi la décision d'après laquelle la tradition faite en exécution de la vente ne transférait la propriété que sous la condition de payement du prix. Les auteurs de cette loi avaient-ils entendu par là interpréter simplement l'intention du vendeur? C'est peu probable, mais nous ne possédons pas

[1] Nous avions (*Revue critique*, avril 1878) effleuré ce point très-rapidement. Nous apportons aujourd'hui les preuves et les explications.

[2] On ne connaît de cette période aucun sénatus-consulte relatif au droit privé.

Digitized by Google

e fragment auquel Justinien fait allusion et on a contesté qu'il y fût même question d'une tradition[1].

On peut donc poser comme règle historique (et sauf peut-être quelques très-rares exceptions ignorées de nous) que les lois ou plébiscites de la période républicaine ne renferment aucune disposition interprétative. On se figure mal du reste le peuple romain délibérant sur de tels sujets. C'est bien plutôt l'affaire de jurisconsultes au courant des difficultés de la pratique et des questions litigieuses.

La coutume, au contraire, formée par les relations juridiques, des citoyens, par les consultations spéciales des *prudentes* (lesquelles n'avaient pas encore une force obligatoire officiellement reconnue) et par les traités qu'ils pouvaient écrire, avait un double rôle. Elle commentait, et quelquefois abrogeait, corrigeait ou créait les lois, même impératives[1]. Mais sa fonction la plus importante était d'interpréter les testaments ou les contrats.

Quant aux décisions des magistrats (qu'on range d'ailleurs les édits de cette première époque dans le *jus scriptum* ou dans le *jus non scriptum*[3]), nous n'hésitons pas à les considérer comme formant l'une des sources les plus abondantes de la coutume.

En somme, *prudentes* et préteurs pouvaient se donner pleine carrière dans l'interprétation des testaments ou des contrats de bonne foi, pourvu que les parties eussent observé les formes qui leur étaient imposées; ou plutôt cette matière était leur domaine propre : aucun texte ne venait arrêter leurs recherches patientes. Il faut reconnaître que le champ de l'interprétation était bien autrement étroit dans cette législation formaliste que dans les législations modernes. Les volontés devaient le plus souvent s'exprimer sous une forme rigoureuse, partant très-claire, forme peut-être gênante pour les citoyens, mais à coup sûr bien propre à faciliter l'œuvre du juge ou du jurisconsulte. Dans cette mesure restreinte, ceux-ci étaient maîtres absolus : la loi n'empiétait pas sur leurs attributions. N'oublions pas, d'ailleurs, que les

[1] Voy. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, 3e éd., p. 547, note 2.

[2] Citons seulement la théorie des donations entre époux (L. 1, D., XXIV, 1, et celle de la substitution pupillaire (pr. Inst., II, 16).

[3] Cf. Savigny, *System.*, I, § 22. — Accarias. t. I, n° 8.

Digitized by Google

pactes prirent peu à peu plus d'extension, et qu'on s'attacha de moins en moins aux formules solennelles.

De cet état des choses, il résulta que jurisconsultes et magistrats appliquèrent toute leur finesse, tous leurs soins à bien démêler les intentions exactes des parties dans chacune des espèces qui leur étaient soumises. Quelles règles invoquent-ils? Toujours un axiome de bon sens qui a cours de leur temps, et qu'ils savent modifier au besoin; jamais un texte législatif. Ils purent ainsi se plier aux nécessités journalières de la pratique, imaginer des formules et des modèles d'actes qu'ils amélioraient sans cesse, enfin composer ces traités incomparables, chefs-d'œuvre de raison et de logique, qui se sont imposés à l'admiration des siècles. Nos commentaires du Code civil serviront-ils aussi de modèles aux générations futures? On peut en douter. Et cependant, nos jurisconsultes sont-ils moins intelligents?

Si le droit romain a mérité la qualification de *raison écrite*[1], c'est grâce à cette liberté des jurisconsultes, et avant tout pour leur théorie de l'interprétation des volontés. Qu'on examine les lois modernes : qu'ont-elles emprunté à Rome? Rien de son droit pénal, de sa procédure criminelle ou civile, de son organisation de la famille : presque tout en matière de convention, ou du moins presque tout ce qui ne découlait pas de la loi écrite. Celle-ci réglait minutieusement la forme des testaments et des contrats solennels : ces formes ont passé. Les principes sur l'organisation de la propriété, sur la capacité, sur les voies d'exécution, sur toutes les matières d'ordre public ont été profondément remaniés.

Dira-t-on que les relations et les intérêts pécuniaires changent peu chez les divers peuples? Cette considération partiellement vraie n'explique pas le phénomène historique dont nous parlons. Sans la discuter en détail, croit-on, en somme, que les jurisconsultes romains seraient jamais parvenus, dans cette matière, au degré de perfection qu'on connaît, si la loi des Douze Tables avait entrepris d'interpréter les volontés dans les contrats comme l'ont fait les Codes modernes? Toute la question est là. Nous ne pensons pas qu'on puisse le soutenir.

[1] Ce n'est pas sans doute le sens exact des expressions *ratio scripta*. Mais qu'importe ici?

Digitized by Google

§ 2. *Époque impériale.* — L'époque impériale à ses débuts ne diffère pas sensiblement de l'époque républicaine. Il semble même que l'épanouissement du droit romain se place du 1er siècle avant Jésus-Christ au 3e siècle de notre ère. Mais certainement les écrivains de cette période ont profité des travaux de leurs devanciers. On ne crée pas de toutes pièces en quelques années une législation comme celle-là, et le travail de ces grands hommes a été surtout un travail de rédaction et de synthèse. Ils ont donné aux doctrines courantes la forme scientifique qui a permis de les faire progresser. Le soin qu'ils prennent d'invoquer sans cesse Sæcvola, Servius Sulpicius, Labéon, Capiton, etc., le prouve suffisamment.

D'ailleurs, les procédés législatifs ne changèrent pas brusquement. Dès Auguste, cependant, les décisions de certains *prudents* perdent leur caractère indépendant. Sans se prononcer sur leur valeur exacte, on peut affirmer qu'elles prennent place entre la coutume et la loi proprement dite. Elles n'avaient auparavant d'autorité qu'autant qu'elles étaient rationnelles, et le magistrat les écartait si elles lui semblaient inexactes. Auguste leur donne un caractère officiel et obligatoire. Mais l'innovation fut peu sensible d'abord, puisque ce prince, selon toute apparence, n'accorda qu'à un seul jurisconsulte le *jus publice respondendi.*

Ses successeurs, du reste, sortant de la réserve qu'il s'était imposée, ne tardent pas à multiplier ces faveurs. La coutume perd chaque jour de sa liberté. Ce fut bien pis, quand Adrien eut presque immobilisé le droit prétorien en donnant force de loi à l'*edictum perpetuum* de Julien.

Le système des constitutions impériales porta au droit coutumier le dernier coup. On vit les empereurs, prenant au sérieux leurs fonctions judiciaires, émettre des décisions qui prenaient, s'il leur plaisait, force législative (*rescripta* [1]). Chaque espèce dut bientôt se trouver réglée par un rescrit,

[1] La disparition des formalités sacramentelles élargissait singulièrement le champ de l'interprétation des volontés. Cependant on ne saurait soutenir que cette circonstance fut le motif qui décida les empereurs à régler cette matière par des textes. Nous avons montré (*Revue critique,* avril 1878) qu'ils agirent ainsi comme héritiers des magistrats et que les *rescripta* furent le produit de la confusion des pouvoirs législatif et judiciaire.

Digitized by Google

et le travail du jurisconsulte ou du magistrat, après avoir consisté à élaborer ces décisions, se borna le plus souvent à découvrir pour chaque hypothèse le rescrit applicable, et à concilier les dispositions contradictoires.

Le droit coutumier était bien mort sous l'amas des règles posées par les empereurs. Heureusement, un remède relatif sortit de l'excès du mal. La décadence fut si rapide, et la pauvreté juridique si évidente, malgré le grand nombre des Constitutions, qu'il fallut bien se rattacher en partie au droit de la belle époque. Bénissons, d'ailleurs, cette stérilité des derniers siècles : nous lui devons les fragments classiques qui nous sont parvenus. Nous ne rappelons que pour mémoire la Constitution de 426, laquelle donne force obligatoire aux écrits de Gaius, Paul, Ulpien, Papinien et Modestin.

On sait comment Justinien composa le Digeste avec les fragments des œuvres classiques. Il codifiait ainsi et immobilisait plus que jamais l'interprétation des volontés, à l'aide de décisions antérieures de quatre ou cinq siècles. Les usages pourtant et les prescriptions impératives avaient bien changé depuis lors : aussi son œuvre est-elle pleine d'antinomies et d'anachronismes. Comment l'en blâmer cependant? Les juges de son temps étaient si parfaitement ignorants et étrangers à tout esprit scientifique, au dire d'Ammien Marcellin, qu'il était peut-être indispensable de les enchaîner par des règles minutieuses et précises. Personne alors n'était capable de formuler, même en s'inspirant et s'aidant des textes classiques, les principes nouveaux dans une œuvre originale. Justinien en fut réduit à donner ou à rendre à ces textes force de loi [1]. Singulière loi, en vérité, dans laquelle le législateur discute, expose ses doutes avec les opinions contraires et se contredit si bien qu'il est impossible souvent de deviner ses préférences.

§ 3. *Ancien droit.* — Les lois barbares que nous possédons ont, en général, un caractère impératif. La dévolution des successions et le régime matrimonial sont organisés à un

[1] Tel était si bien le mobile de Justinien qu'il défendit de commenter et d'interpréter ses compilations. Peut-on montrer plus de défiance dans les capacités de ses contemporains ? Il est vrai que la confiance de l'empereur dans la perfection de son œuvre entre aussi pour une large part dans cette prohibition originale.

Digitized by Google

point de vue tout politique. Cependant la loi des Bavarois (*lex Bajuvariorum*) formule sur la vente, l'échange et le prêt, quelques règles qui peuvent, à la rigueur, paraître supplétives de volonté [1].

Sauf cette légère exception, il est probable que le juge devait, dans la matière des contrats, se référer uniquement aux usages. Tel dut être longtemps le principe.

Jamais les ordonnances, pas plus celles du XVIIIe siècle que celles des Mérovingiens ou des Carlovingiens, n'eurent pour objet d'interpréter les volontés [2].

Le droit romain avait persisté comme usage au profit de tous les Gallo-Romains, à l'époque des lois personnelles, et plus tard, au bénéfice de tous, plus ou moins dénaturé toutefois et mélangé aux coutumes germaniques. Mais, à partir du XIIe siècle, quand les textes de Justinien eurent été étudiés et commentés, ils s'imposèrent de plus en plus. A une époque où les coutumes n'étaient encore ni rédigées ni même précisées, le droit romain apparut et devait apparaître comme un recueil précieux de décisions pratiques. On ne peut que faire un mérite à nos ancêtres d'avoir été frappés de la logique et de la sagacité des jurisconsultes romains.

Mais quelle fut exactement l'autorité de cette législation exhumée des vieux manuscrits? Il est difficile de le dire avec précision, parce qu'elle a varié selon les contrées, les esprits et les époques. Les vieux auteurs l'appliquaient comme une règle supérieure, devant laquelle ils faisaient tout plier, même le raisonnement : c'était donner au droit romain l'autorité des ordonnances. Pour les autres, il n'est que le point de départ, la source à laquelle on doit puiser dans le silence des coutumes et des arrêts de règlement. S'il est conforme à la raison, on l'applique; s'il y est manifestement contraire, on l'écarte.

[1] Ces lois ont un peu le caractère de simples coutumes rédigées.

[2] Nous avons eu la curiosité de vérifier si l'idée que nous nous faisions des procédés législatifs de nos anciens rois était exacte. Nous croyons pouvoir assurer, autant qu'on peut émettre une telle affirmation sur une si vaste collection, que les nombreux édits, ordonnances, mandements, lettres, règlements, etc. (à part peut-être quelques articles de l'ordonnance de 1681), sont toujours impératifs (toute réserve faite pour les règles concernant les successions et le régime matrimonial).

Digitized by Google

Pour l'interprétation des contrats, on adopta généralement les doctrines romaines, même dans le Nord. Aussi les coutumes laissent-elles cette matière de côté et se bornent-elles à peu près aux institutions d'origine germanique (fiefs, censives, retraits, etc.).

En résumé, l'interprétation des volontés se trouva régie par l'usage, non pas toutefois par un usage flottant et presque impossible à saisir dans ses variations continuelles, mais par un usage assez nettement constaté. Le droit romain en forma le fonds commun : les Parlements, par leurs arrêts, et la doctrine par les écrits des auteurs les plus goûtés purent le modifier selon les besoins de l'époque.

Nous ne dirons rien du droit intermédiaire : quatre fois on tenta d'opérer la réforme du droit civil; aucun des essais ne réussit.

En 1804 aboutit enfin le projet si longtemps caressé de grouper nos lois civiles dans un Code. L'ancienne France avait souffert de la variété des lois. On avait vu varier d'une province à l'autre (pour ne parler que du droit civil) les régimes successoral et matrimonial, l'organisation de la famille et celle de la propriété ou des autres droits réels : autant d'obstacles à l'unité de législation si vivement réclamée dans les cahiers de 89, unité vers laquelle tendaient, depuis Louis XI, tous les efforts de nos rois. Cependant n'exagérons rien. Cette unité, si on ne veut pas la confondre avec l'uniformité, existait au fond de quelques institutions et en particulier dans la matière des contrats. Aussi les cahiers de 89, reflétant (ici comme toujours) très-exactement les besoins de l'époque [1], insistent-ils surtout sur la nécessité de réformer l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile. Si quelques-uns, comme celui du Tiers-État de Paris, embrassent dans leurs demandes de réforme le droit civil proprement dit, et même, comme ceux de Colmar ou du Nivernais, précisent et parlent des successions ou de la communauté, aucun, à notre connaissance, ne fait allusion à la codification

[1] Comment cette collection indispensable pour toutes les études sur la législation politique ou criminelle, sur l'histoire de la Révolution ou de l'ancien régime, sur l'organisation politique et administrative n'a-t-elle été publiée que dans une grande collection (*Archives parlementaires*) trop chère pour n'être pas très-rare ?

Digitized by Google

de notre matière ou même à une réforme dans la matière des contrats.

Mais le législateur de 1804 n'aperçut pas nettement toutes ces distinctions entre les diverses matières du droit civil. Pothier, qui écrivait des traités doctrinaux, avait naturellement et à la suite de Justinien, entremêlé l'étude des dispositions impératives et prohibitives. Le Code civil fut rédigé sur ce plan. Ce mélange a entraîné de fâcheuses conséquences, et, entre autres, l'incertitude sur deux points :

a) Dans quelle catégorie ranger tel ou tel article? Il est parfois très-difficile de le savoir.

b) Les dispositions supplétives s'imposent-elles, dans le silence de l'acte, au magistrat? Facultatives pour les parties, deviennent-elles impératives pour lui, par cela seul qu'elles n'ont pas été écartées? Telle est la question délicate qu'il nous faut maintenant examiner. Si elle n'a jamais, que nous sachions, été traitée *ex professo*, elle se pose cependant chaque jour à la doctrine et à la jurisprudence, qui la résolvent implicitement.

II.

Le législateur, dans ses articles interprétatifs ou supplétifs de volonté a, sans aucun doute, constaté les usages les plus généralement répandus en 1804. A-t-il voulu les fixer et immobiliser jusqu'au jour où des lois nouvelles corrigeraient son œuvre? Ce soin de correction n'appartient-il pas aux tribunaux et à la doctrine[1]?

Nous avons cherché à démontrer[2] que cette seconde solution était seule acceptable pour les dispositions purement interprétatives des volontés exprimées. Nous maintenons absolument notre système sur ce point, et nous croyons pouvoir l'étendre aux dispositions supplétives de volonté (sauf en matière de successions légitimes et de communauté légale). Notre conviction est que la doctrine et surtout la pratique s'y rangeront de plus en plus, à mesure que les in-

[1] Si la difficulté se pose déjà, après trois quarts de siècle à peine, elle sera bien autrement délicate dans un siècle ou deux, si le Code Napoléon demeure pour nos descendants la base du droit civil.

[2] *Revue critique*, avril 1878.

Digitized by Google

convénients du système inverse se feront mieux sentir et conduiront à des conséquences inadmissibles.

Que telle ait été l'intention claire et formelle du législateur de 1804 : nous n'osons l'affirmer. Le Code fut rédigé trop rapidement pour que ses auteurs eussent, sur ce point délicat, des idées très-nettes. Notre matière devrait être la moins importante de toutes à ses yeux, si bien qu'il l'oublia quelquefois dans ses vues d'ensemble.

Où la retrouver par exemples dans ces paroles de Portalis, destinées à définir le but de la loi : « Nous avons déterminé les divers effets de la loi. Elle permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense [3] » ? Évidemment, Portalis oublie qu'elle *interprète* aussi les volontés, à moins qu'on ne veuille faire rentrer cette idée dans le terme « *établit* », terme si vague qu'il eût pu à la rigueur dispenser de tous les autres.

On ne songea donc à déterminer nettement l'autorité de nos dispositions, ni dans la partie préliminaire des travaux, où la distinction eût trouvé sa place naturelle, ni au titre des obligations ou des différents contrats, l'attention s'étant d'abord portée uniquement sur les détails. On se borna à déclarer que les parties pourraient y déroger par leurs conventions. Mais jamais non plus on n'eut l'intention d'exclure l'empire de la coutume. Bien au contraire Portalis s'exprime ainsi dans ce même discours : « Les lois conservent leur effet tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois *ou qu'elles ne sont pas tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non usage, c'est qu'il eût été peut-être dangereux de la faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélibéré...?* »

Nous n'examinerons pas si la coutume peut abroger les prescriptions impératives de la loi [1]. On peut croire que Portalis appliquait distributivement ses paroles. Mais il nous est bien permis de conclure que nos législateurs étaient plutôt favorables que contraires à notre thèse. Le passage rapporté n'exprime pas l'opinion personnelle d'un orateur ob-

[3] Locré, t. I, p. 269. Discours préliminaire de Portalis.

[1] Il serait curieux de rechercher quelle place et quelle autorité lui attribue la pratique. Bornons-nous à indiquer comme abrogés par elle les articles 55 du Code civil, 421, 422 du Code pénal.

Digitized by Google

seur. L'influence de Portalis était prépondérante dans les questions générales. D'ailleurs ce discours est signé de Tronchet, Malleville et Bigot de Préameneu. Jaubert[1] et Cambacérès[2] semblent incliner également vers l'idée de Portalis. Mais leurs paroles sont trop vagues pour qu'on puisse en tirer un argument. La discussion sur les articles 1134 et 1135 qui aurait dû éclaircir la difficulté fut confuse.

En résumé, les rédacteurs du Code ne se rendirent pas un compte exact du caractère nouveau de leur travail (par comparaison avec les coutumes et les ordonnances), quant à la partie qui nous occupe. Mais ce qui est certain, ce qui résulte de mainte déclaration et des articles 1134, 1135, 1136, etc., c'est qu'en matière de contrats et de testaments, ils voulaient qu'on appliquât la volonté des auteurs de l'acte. Et ce n'est pas seulement la convention écrite qui tient lieu, d'après le Code, de loi à ceux qui l'ont faite, c'est aussi la convention tacite, laquelle est tout aussi obligatoire; ce sont enfin toutes les clauses que l'usage et la bonne foi (ajoutons : et le raisonnement) permettent de sous-entendre (art. 1135). Sur ces principes ils n'ont jamais hésité, et tel doit être notre point de départ.

La doctrine ne saurait aujourd'hui rester dans le vague : il lui faut absolument choisir. Si le Code, dans un cas déterminé, interprète mal le silence de l'acte, il faut ou rayer sa décision, ou l'appliquer contrairement aux principes généraux et à la volonté très-probable des particuliers.

Le premier système n'est-il pas seul rationnel et conforme à l'intention même du législateur?

Prenons un exemple :

D'après un usage constant, certaines marchandises sont délivrées chez l'acheteur, le vendeur ayant seul des moyens faciles de transport. Supposons qu'on ait oublié d'insérer cette clause dans le contrat de vente. Appliquera-t-on l'article 1609? Ce serait contraire à la bonne foi et à la raison. Dans le système opposé, il faudra soutenir que l'article 1609 s'appliquerait (dans le silence de la convention), quand même les deux parties, aujourd'hui en procès, seraient d'accord sur l'existence de l'usage, quand même

[1] Locré, t. I, p. 358.
[2] Locré, t. XII, p. 140.

Digitized by Google

le vendeur dirait : « C'est ainsi, il est vrai que j'entendais le contrat, mais je veux bénéficier de son silence. » On méconnaît les intentions, non plus probables, mais certaines des parties, uniquement parce que le contrat est incomplet, parce qu'elles se sont référées à la pratique journalière. Peut-on imaginer rien de plus odieux et de plus antijuridique?

Qu'opposer à ces considérations? Dira-t-on que les parties, en gardant le silence, se refèrent toujours volontairement au texte de la loi? Elles le connaissent, elles ne l'ont pas écarté : donc elles se l'approprient. — En fait, cette prétention est souvent inexacte. Le brocard que « nul n'est censé ignorer la loi » peut être nécessaire et partant acceptable en droit pénal. Mais il n'est écrit nulle part. Pourquoi s'imposerait-il à nous dans une matière où règne la liberté, quand il contredit les faits réels? Et bien plus : admettrait-on la science juridique des particuliers, mille circonstances peuvent expliquer qu'ils aient oublié d'insérer dans le contrat une clause devenue de style.

Après tout, nos articles n'ont pas plus de force que les termes mêmes de la convention, lesquels *font la loi des parties*. Or, quel cas le législateur fait-il de ces termes? L'article 1156 nous l'apprend : « On doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes. » La convention porte que tel objet est *vendu*. Les parties ont-elles voulu s'approprier tous les articles du Code sur le contrat de vente? Pas plus peut-être qu'elles n'ont donné aux phrases écrites dans l'acte le sens que commanderait la stricte application des règles grammaticales. Bref, les termes de la convention, lesquels ont bien l'autorité des articles de loi qui présument les intentions, n'ont qu'une valeur relative : on peut conclure des uns aux autres.

Est-ce à dire que tous les articles supplétifs de volonté soient pour nous comme s'ils n'existaient pas? Non. Ils constituent l'usage écrit, dans une matière où l'usage est tout puissant. Ils formeront donc le point de départ des décisions doctrinales ou judiciaires. Ils ont l'autorité qu'attribuaient au droit Romain les auteurs du XVIIIe siècle. C'est la *ratio scripta*, obligatoire quand elle est en conformité avec la pratique de chaque jour et le bon sens. Mais si les parties

Digitized by Google

viennent dire au juge (ou l'une d'elles) : « On ne peut nous prêter l'intention consignée dans le Code : elle est absurde et contraire à l'usage ; » le juge devra faire abstraction du texte. En un mot, nos articles lui fournissent une présomption : mais celle-ci doit céder devant une foule de considérations de fait, telles que la coutume du pays, l'ignorance des parties, leur caractère, etc., etc.

Il en résulte que la Cour de cassation ne pourra jamais casser un jugement ou arrêt pour le motif qu'il serait contraire à un article interprétatif ou supplétif de volonté. Tout dans cette matière appartient au fait, tout est contingent. Les Cours d'appel feront la jurisprudence. Et qu'on ne se récrie pas à l'idée que les principes du Code vont être ainsi remplacés par un chaos d'incertitudes. La jurisprudence, ici comme ailleurs, fera son œuvre ; et son rôle sera, du reste, très-secondaire. Sur des espèces, sur des nuances (et presque tout ici est question de nuances), il est difficile d'étayer des principes généraux. Tel principe vrai dans un cas ne l'est pas dans un autre, faute d'un point de détail. Le tribunal saisi de toute l'affaire peut, non seulement mieux que tout autre, mais peut seul, bien souvent, trancher les difficultés.

Autre conséquence de notre système, féconde en applications.

L'interprète, placé en face d'une controverse relative à nos dispositions, ne doit pas ici, comme dans les cas de prohibition ou de prescription impératives, serrer les textes et y prendre son point d'appui. Les textes ne sont rien, pas plus que la tradition, s'ils ne font deviner l'intention des parties. Celle-ci est tout : en dehors d'elle, le commentateur et le magistrat conservent la plus complète liberté d'allures.

Notre système est moins audacieux qu'on ne pourrait croire et les meilleurs auteurs en ont appliqué le principe plus d'une fois[1].

L'article 1184 déclare la condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques et par *a contrario*, l'exclut des contrats unilatéraux. Cependant, les commentateurs les plus autorisés[2] remplacent le mot « *synallagma-*

[1] Ne s'appliquerait-il pas avantageusement aux articles 1194, 1205, 1207, 1232, 1280, 1285, 1288, etc., etc.?

[2] MM. Valette, Bufnoir à leurs cours.

Digitized by Google

tique » par les mots : « *à titre onéreux* » et appliquent l'article aux contrats unilatéraux. Ils substituent assurément dans ce cas, la volonté des parties aux paroles formelles du législateur. En toute autre matière ils feraient prévaloir l'axiome : *Dura lex, sed lex*[1].

Bien mieux : on corrige jusqu'à des articles impératifs, quand le législateur s'est trompé et même quand il a blessé le seul principe posé dans l'article 1135. Il semblerait résulter, par exemple, de la combinaison des articles 1119 et 1120 que la promesse pure et simple du fait d'autrui ne lie pas : pour être engagé, il faudrait s'être porté fort. En vertu de l'article 1157, on admet que la promesse pour autrui implique par elle seule l'intention de se porter fort et l'on met de côté l'article 1119[2].

Enfin personne n'a jamais refusé de corriger les articles 1892 et 1874 par le même procédé[3].

On pourrait croire que la logique nous contraint d'appliquer notre système aux successions légitimes. L'ordre de dévolution légale n'est, dira-t-on, que le testament présumé du défunt, le juge va-t-il pouvoir, sous prétexte que la loi a mal deviné les intentions probables de celui-ci, ou qu'elles se sont modifiées depuis 1804, en raison du progrès des idées économiques, bouleverser le système du Code, et, par exemple, refuser à l'ascendant donateur un droit de retour

En fait, on peut le plus souvent dire sans se tromper que le silence du défunt implique la volonté de se conformer au système légal et que personne ne l'ignore. Mais nous avouons que cette considération, inexacte en certains cas, n'est pas décisive. Si, par exemple, on suppose l'annexion d'un pays au territoire Français, on ne saurait prétendre que les habitants ont entendu, faute de testament, adopter le système successoral de leur nouvelle loi.

[1] Cette doctrine tend à prévoloir. Si M. Laurent (*Principes du droit civil*) s'est refusé à faire subir cette correction à l'article, c'est qu'il y voit non-seulement l'application de la volonté présnmée des parties, mais encore une règle d'équité posée par la toute puissance du législateur.

[2] MM. Bufnoir, Valette à leurs cours. — Marcadé, art. 1120. — Mourlon t. II, n° 1069.

[3] Nous avons cité (*Revue critique*, avril 1878) des corrections d'un autre genre. Nous pourrions rappeler enfin les libertés plus ou moins grandes qu'on est forcé de prendre vis à vis des malheureux articles 1599 et 1021 pour ne pas tomber dans l'absurde.

Digitized by Google

Voici pour nous la véritable raison de distinguer :

En matière de contrats, le législateur a recherché uniquement les volontés probables des parties et entendu constater les usages ou les solutions raisonnables. Ses vues sont moins simples en matière de successions, et nous devons, pour les bien comprendre, revenir d'un mot surle passé. Très-certainement le système successoral des Douze Tables ne pouvait passer pour le testament présumé du *de cujus*. Il laissait les biens aux copropriétaires du défunt, dont le droit avait été momentanément paralysé. Cette théorie ne disparut que graduellement et le préteur ou les empereurs appelèrent successivement à l'hérédité les parents qu'ils trouvèrent *injuste* d'exclure. Justinien remania et améliora l'ordre de dévolution sans encore dégager clairement l'idée moderne. De ces traditions est restée la conception des pleins pouvoirs du législateur sur cette matière : s'il a pris pour base les intentions présumées du *de cujus*, c'est qu'il l'a bien voulu : idée qui serait contraire à la plénitude du droit de propriété si la faculté de tester ne la corrigeait et ne la limitait. N'oublions pas d'ailleurs que les dispositions d'ordre public apparaissent ici constamment. Sans même parler des enfants naturels, de la réserve, etc., la distribution des immeubles est loin d'être indifférente à l'État. Ajoutez que les rédacteurs du Code civil, héritiers de la Révolution, ne voulurent pas, en donnant à la France l'unité de législation, qu'on pût sur ce point reproduire et perpétuer les anciennes coutumes [1]. Le système successoral, pour ces raisons multiples, prit un caractère politique [2]. On peut, il est vrai, déroger par testament aux vues de la loi. Mais le juge ne peut revenir aux coutumes sous prétexte d'interpréter les volontés.

Le législateur, en cette matière, n'a jamais cru constater et consacrer un usage général. Il n'ignorait pas que les coutumes du Midi n'étaient pas ici celles du Nord. Il connaissait l'usage de faire un aîné : pourquoi n'en a-t-il pas tenu compte dans la mesure de la quotité disponible? Par des motifs d'intérêt public. Il a précisément voulu briser avec les usages de l'ancienne France, usages contraires aux nouvelles idées. En conséquence, il a édifié le système

[1] On sait qu'elles réglaient les successions et non les contrats.

[2] Il faudrait, pour le nier, ignorer l'histoire de la Révolution.

Digitized by Google

successoral qui lui a paru à la fois le plus moral et le plus conforme aux sentiments purement humains.

Dans cette mesure seulement la succession légitime est le testament présumé du défunt. Le législateur a pris pour base les affections naturelles, mais celles-là seulement. Il a négligé celles qui prennent leur source ailleurs, et par exemple dans des souvenirs féodaux. Il a voulu que le *de cujus* prît la peine de faire une déclaration formelle pour échapper à ce testament que préfère la loi. On peut, en un mot, appliquer aux auteurs du Code à peu près les paroles de La Bruyère sur le grand Corneille : ils ont vu l'homme tel qu'il devrait être et non tel qu'il était.

Nous en dirons autant pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux. Le législateur a édifié la communauté légale comme il lui a plu. Croyait-il se conformer à la volonté probable des personnes mariées sans contrat? Certes non. Il a, pour amener l'application des principes qu'il croyait les plus favorables aux époux et à la société, rejeté la société d'acquêts et le régime dotal, c'est-à-dire les deux combinaisons alors les plus fréquentes, l'une dans le Midi, l'autre dans le Nord (quand les conjoints manifestaient leur volonté par un contrat).

Écartons enfin une dernière objection. Nous déclarons non avenues les dispositions interprétatives ou supplétives, qu'elles soient contraires à l'usage ou au bon sens. « Nous concédons, dira-t-on, l'abrogation par la coutume ; mais les auteurs du Code n'ont pu permettre au juge de préférer purement et simplement sa raison à la leur propre ». Il nous paraît au contraire qu'il faut adopter ou rejeter en bloc toute notre théorie. Si nous donnons force à la coutume, c'est moins pour elle-même que parce qu'elle fait constater la volonté probable des parties. Le raisonnement n'aide-t-il pas également à la deviner? Vous prêtez aux parties l'intention de suivre l'usage : est-il moins naturel de leur supposer le bon sens et l'intelligence exacte de leurs intérêts?

III

Apprécions, maintenant, le mérite des dispositions sur lesquelles a porté notre étude.

M. de Savigny, et, derrière lui, toute l'école historique a

Digitized by Google

contesté l'utilité des Codes et des lois écrites en général. A leurs yeux, elles entravent le progrès du droit. Nous n'irons pas si loin. Le droit n'est pas seulement une science; il a sa raison d'être dans les nécessités pratiques de chaque jour. Il importe donc que la loi énonce clairement les prescriptions destinées à régler la forme des actes, à sauvegarder l'ordre public ou à organiser les droits. L'incertitude, à cet égard, ne saurait subsister sans danger. Nous acceptons encore qu'elle fixe l'ordre de dévolution des successions *ab intestat*, et le régime pécuniaire entre les époux. Mais, à nos yeux, toutes les dispositions purement supplétives ou interprétatives, c'est-à-dire celles qui relèvent absolument de la volonté privée ne devraient pas figurer dans un Code.

Sans doute, si la doctrine et les tribunaux se rangeaient au système pratique développé plus haut, et restreignaient, comme nous avons fait, l'autorité de ces dispositions, elles paraîtraient peu gênantes. Mais l'opinion générale, sauf quelques écarts, donne force obligatoire à tous les articles de la loi dans le silence des parties. Plaçons-nous donc d'abord à ce point de vue.

§ 1.— On peut tout d'abord regretter de voir tant d'esprits distingués perdre un temps précieux à expliquer ou concilier des textes inutiles, surannés ou inintelligibles, dont la seule raison d'être est dans le souvenir d'époques disparues.

Était-il donc si nécessaire de légiférer sur des matières où il n'importe à personne que les parties se décident dans un sens ou dans l'autre? La loi pouvait-elle prévoir toutes les volontés privées avec leurs détails infinis? La rigidité même des textes ne devait-elle pas être une entrave à la liberté?

D'autre part, ne voit-on pas que la codification de ces matières y empêche nécessairement le progrès? De nouveaux besoins apparaissent, et, pour les satisfaire, de nouvelles institutions. L'histoire du droit romain, avec ses périodes successives, et la distance qui le sépare de nos Codes (Codes civil et commercial) en fournit la preuve. Si la société fait la coutume, celle-ci réagit à son tour sur l'état social. Que l'une des deux forces soit immobilisée : tout s'arrête. Dira-t-on que cette proposition conduirait à se priver de toutes lois, car toutes peuvent entraver le progrès : nous avons dit que les lois impératives étaient nécessaires, indispensables. C'est leur excuse. En fait de lois, le superflu nuit.

Digitized by Google

Ne dites pas davantage que notre matière est de celles qui se modifient peu. Tout se tient dans le droit : telle clause, de style aujourd'hui, puise sa raison d'être dans le désir de tourner une prescription gênante. Pourquoi la supposer demain, quand la prescription aura disparu?

Chaque fois que le Code fait une erreur, c'est bien pis. Non-seulement, il nuit aux particuliers en forçant les magistrats à l'appliquer, mais il empêche de rechercher la vérité, quand surtout son erreur n'est pas immédiatement perceptible. Le texte devient la seule autorité à invoquer, la combinaison de ses dispositions un exercice funeste à l'esprit. Le jurisconsulte finit par oublier le grand principe de la liberté des conventions. L'interprétation de la loi se substitue à celle des volontés, qui devrait être son seul objectif.

Si encore les dispositions dont nous parlons devaient avoir pour résultat, comme on le pensait, de réduire les procès! Mais c'est une illusion qu'il est difficile de conserver. Les procès naissent bien plus souvent de la multiplicité que de l'absence des textes : cette vérité est devenue banale.

Enfin l'intervention du législateur nous paraît d'autant moins admissible ici, que son rôle est aujourd'hui plus étroitement délimité que jamais. Jusqu'en 1789, aucun pays n'avait connu le salutaire principe de la séparation des pouvoirs. A toutes les époques de Rome, au moyen âge, et même dans la société moderne, les personnes ou les corps chargés de faire la loi avaient eu le droit de l'appliquer[1]. Les deux pouvoirs législatif et judiciaire avaient été constamment réunis. On comprenait donc, alors que le jugement avait une autorité réglementaire, que la loi eût en revanche un caractère contingent. Il y avait confusion de pouvoirs ; il n'y avait pas usurpation. Mais aujourd'hui, c'est différent. Le législateur usurpe bien sur le pouvoir du juge (sous prétexte de lui faciliter sa tâche), puisqu'il dit exactement ce que devrait dire le juge, si lui-même ne s'était prononcé. Pourquoi ne se borne-t-il pas à ordonner ou à défendre?

La loi ne pourrait qu'y gagner en simplicité et en autorité. Les critiques, on le remarquera, se sont attachées surtout à la matière des contrats, d'autant plus volontiers que

[1] Nous renvoyons, pour le développement de cette proposition, d'ailleurs indiscutable, à notre précédent travail (*Revue critique*, avril 1878).

Digitized by Google

le droit romain et l'ancien droit fournissaient un point de comparaison commode. Croit-on qu'il n'en rejaillisse aucune défaveur sur le reste de l'œuvre, aux yeux surtout du public peu initié à nos distinctions? N'est-ce pas de là que provient cette prévention exagérée et fréquente pourtant contre nos lois chez des hommes d'ailleurs intelligents [1]?

Résumons-nous. En bonne législation, quand même les dispositions interprétatives seraient parfaites pour leur époque, alors même (et nous le contestons) qu'elles simplifieraient tout d'abord la pratique, elles auraient encore le tort de devenir bientôt inutiles, de nuire ensuite au progrès et de n'être pas à leur place dans la loi. On prête à Napoléon cette parole : « Il faudra refaire nos Codes dans trente ans. » Authentique ou non, le mot est exact pour ce qui nous occupe.

§ 2. — Nous avons attribué jusqu'ici, avec la doctrine courante, une force impérative aux articles interprétatifs dans le silence des parties. S'il faut, au contraire, comme nous avons tenté de l'établir, ne voir en eux que la constatation des coutumes, nous reprocherons encore au législateur de n'avoir pas énoncé clairement sa volonté. Il devait rédiger séparément la coutume et la loi dont la force obligatoire n'est pas la même. Il fallait, à tout prix, empêcher la confusion. Si tous les jours nous voyons des auteurs ou des tribunaux corriger les prescriptions strictes de la loi, pour faire prévaloir l'équité ou leur sentiment personnel, ne nous étonnons pas. On prend trop peu de libertés d'un côté pour n'en pas prendre un peu trop de l'autre.

Mais nous irons plus loin. Cette partie du droit ne devrait pas être l'œuvre du législateur. Elle est, en effet (la comparaison, pour n'être pas neuve, n'en est pas moins juste), comme la langue même, le produit insensible de toutes les actions individuelles, grâce auxquelles s'opère le développement des sociétés. La jurisprudence et la doctrine avaient seules la flexibilité nécessaire à cette œuvre.

Nous ne proposons pas, on le remarquera, de rétrograder jusqu'à l'époque des coutumes non écrites. Nous avons dit

[1] On peut, du reste, adresser aux auteurs du Code le reproche général d'avoir trop souvent remplacé le principe par les applications de détail. Leur esprit pratique les entretenait dans cette voie : leur travail y a perdu le caractère d'élévation qu'il eût dû avoir.

Digitized by Google

que nous voulions voir mettre en pratique le principe nouveau de la séparation des pouvoirs. D'ailleurs les coutumes, on l'a vu, réglèrent des matières impératives sur lesquelles les lois écrites manquaient.

Peut-être nous fera-t-on deux objections :

1° « L'incertitude de la coutume ne peut qu'engendrer les procès. »— Nous avons répondu par avance. Il est impossible de couper court à toutes difficultés : il en faut prendre son parti. Mais notre siècle n'est inférieur à aucun autre sous le rapport juridique et nous n'avons pas besoin d'être liés par des solutions législatives. Enfin nous répétons que la multiplicité des textes est plus propre à faire germer qu'à étouffer les procès.

2° « A côté des usages, qui changent avec les contrées et les époques, existent, même pour l'interprétation des contrats ou testaments, certaines règles vraies partout et toujours, puisées dans la connaissance de la nature humaine.» — Admettons-le. Nous refuserons encore d'en faire des lois. Il est bien difficile de démêler ce qui tient au temps de ce qui lui échappe. La ligne de démarcation est si délicate à établir que le législateur risquerait toujours de sombrer dans cette tâche. D'ailleurs ces principes éternels et universels doivent être assez clairs pour être aperçus du juge (leur nature l'implique), et il reste toujours vrai que le législateur, en les indiquant, aura fait œuvre inutile et sera sorti de son rôle. La difficulté est bien moins d'apercevoir ces règles *in abstracto* que de les appliquer aux espèces déterminées et de les combiner entre elles quant elles sont en contradiction[1].

La pratique a manifestement prouvé qu'elle pouvait, dans nos matières, se passer de l'intervention législative. Nous l'avons vue (pour ne citer que ces exemples éclatants) créer toute la théorie des assurances terrestres et des valeurs à lots. Si parfois elle a hésité, c'est lorsqu'il lui a fallu tracer les limites du permis et du défendu. Et les traditions faisaient absolument défaut! Nous en pourrions dire autant du droit international dont l'extension plus grande chaque jour a nécessité aussi la création de théories nouvelles. La doc-

[1] L'objection et la réfutation se produiraient avec plus de force encore, si avec la doctrine courante, on donnait force de *loi* à cette classe de dispositions.

Digitized by Google

trine et la jurisprudence se sont élevées à la hauteur de leur tâche [1].

IV

S'il nous fallait maintenant juger en elles-mêmes, et une fois leur présence admise, les dispositions par nous étudiées, nous dirions que le législateur s'est montré, dans cette partie du Code, inférieur à lui-même. La gloire d'avoir, après tant d'essais infructueux, achevé la codification des lois civiles, est assez grande, pour qu'il soit permis de critiquer les détails de l'œuvre. Préparée par les travaux du droit intermédiaire (notamment les projets présentés par Cambacérès à la Convention), celle-ci s'est trouvée en parfaite harmonie avec les idées et les besoins de l'époque. L'empressement des autres pays de l'Europe à l'adopter ou à la prendre pour guide en est la meilleure preuve. Même dans la matière des contrats, elle a eu sur le droit romain et sur l'ancien droit (par exemple dans l'article 1138) le mérite de se dégager du formalisme et de poser en principe la liberté des conventions. Mais l'éloge doit s'arrêter là. Le principe ne reçut pas toujours son application. Pour la partie qui nous occupe, les conceptions originales et larges qu'on devait attendre, manquèrent absolument. Les rédacteurs du Code se bornèrent à copier plus ou moins bien Pothier et les Romains.

Un mot à ce propos sur une question toujours vivante et actuelle. On reproche aux auteurs du Code d'avoir accepté, du droit romain, l'héritage de règles qui ont perdu leur raison d'être : fort bien. La civilisation romaine, à quelque moment qu'on la prenne, diffère profondément de la nôtre. Il fallait se rappeler, d'ailleurs, que le droit romain est formé de couches successives et que les doctrines se croisent sans cesse, sans jamais arriver à l'unité ni à la simplicité.

Mais partir de là pour blâmer le soin avec lequel il est étudié aujourd'hui et déplorer l'influence qu'exerce cette

[1] Nous venons de découvrir (en achevant ce travail) que nos idées sur ce point étaient celles de Rossi. Nous sommes heureux de pouvoir nous abriter sous cette grande autorité. Elles lui étaient si chères, qu'il les a émises dans ses *Éléments de droit pénal*, L. IV. ch. 3, où elles n'étaient pas à leur place (il le reconnaît lui-même).

Digitized by Google

étude sur nos lois et nos mœurs, c'est se tromper étrangement.

On n'a pas su en 1804 faire de cette législation l'usage qui convenait : qu'importe ? N'oublions pas les immenses progrès historiques réalisés depuis quatre-vingts ans. La philosophie et l'histoire du droit romain appartiennent à notre siècle. Si les rédacteurs du Code reprenaient aujourd'hui leur travail, nous croyons qu'ils procéderaient autrement. Un maître éminent le disait récemment à l'occasion de la restauration de la chaire de Pandectes : l'étude de l'histoire — juridique ou autre — permet d'éviter les erreurs du passé et nous empêche de revenir sur le chemin déjà fait.

En somme les travaux admirables des Romains seront toujours consultés avec fruit, mais plus encore par l'interprète que par le législateur. Ce qu'il faudra leur emprunter, c'est leur merveilleuse méthode bien plus encore que leurs décisions; et une étude approfondie peut seule nous la livrer. Cette étude ne poussera pas plus à remettre en vigueur leurs textes que l'étude de l'histoire ne fait revivre les mœurs du moyen âge ou des vieux Gaulois.

Pour conclure appelons de tous nos vœux la refonte de nos lois civiles. Venus les premiers dans la voie de la codification, les auteurs du Code se sont souvent égarés. Avertis par ces erreurs mêmes, nous pouvons faire et nous ferons certainement mieux qu'ils n'ont fait. G. APPERT.

BIBLIOGRAPHIE.

QUESTIONS DE DROIT RELATIVES A L'EXPOSITION UNIVERSELLE DE 1878

DE LA SAISIE DES OBJETS APPARTENANT AUX EXPOSANTS DANS L'ENCEINTE DE L'EXPOSITION

Par M. Édouard Clunet, avocat à la Cour d'appel de Paris, rédacteur en chef du *Journal du droit international privé*[1].

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les expositions universelles font naître un grand nombre de questions de droit. Parmi elles, quelques-unes d'un grand

[1] Marchal, Billard et Cᵉ, éditeurs.

Digitized by Google

intérêt se rapportent aux saisies qui sont pratiquées sur les objets exposés. M. Clunet a eu l'excellente idée de réunir toutes les questions de ce genre et de les traiter à fond. Il les a examinées naturellement, à l'occasion de l'Exposition universelle de 1878 ; mais elles n'offrent pas un simple intérêt passager et de circonstance ; elles peuvent se présenter à l'occasion de toutes les expositions internationales.

Au milieu des nombreuses difficultés étudiées par l'auteur, deux surtout paraissent avoir une importance fort grande. L'une se pose quand les créanciers d'un exposant veulent frapper de saisie des objets exposés par leur débiteur. La saisie, qui peut être alors pratiquée, est-elle la saisie-arrêt ou la saisie-exécution ? Pour résoudre cette question, M. Clunet a fort bien compris qu'il importe préalablement de déterminer la nature du contrat intervenu entre les exposants et la Direction de l'exposition. Ce contrat tient-il de la nature du dépôt? La saisie-arrêt est seule possible. Est-ce, au contraire, une sorte de louage? On ne peut recourir qu'à la saisie-exécution; car jamais on n'a admis que les créanciers d'un locataire puissent pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du bailleur de leur débiteur; les objets garnissant les lieux loués ne sont pas détenus par le bailleur, il n'est donc pas débiteur de leur restitution envers le locataire. Selon M. Clunet, c'est une sorte de dépôt que fait l'exposant dans les locaux de l'exposition et, par suite, il se prononce pour l'admissibilité de la saisie-arrêt. Cette doctrine est défendue d'une façon très-convaincante contre la jurisprudence qui s'est établie en France en 1867[1]. Mais, il faut bien le remarquer, on ne doit pas voir là une solution absolue, qui soit applicable nécessairement à toutes les expositions internationales. La nature du contrat intervenu entre les exposants et la Direction de l'exposition, doit être consultée avant tout, et elle peut varier selon les cas. Pour la connaître, il faut consulter les règlements faits à l'occasion de chaque exposition.

Une autre question plus intéressante que la précédente, parce qu'elle touche au fond du droit, concerne la saisie des objets contrefaits. Quand des tiers, après avoir fabriqué à

[1] V. pour la jurisprudence autrichienne, à l'occasion de l'Exposition universelle de Vienne de 1873 (*Journal de droit international privé*, 1878, p. 446 et suiv.).

Digitized by Google

l'étranger des objets semblables à ceux qu'un brevet français garantit, les ont introduits en France pour les exposer, y a-t-il là un fait d'introduction assimilé à la contrefaçon, et, partant, ces objets peuvent-ils être frappés de saisie par le breveté? La raison de douter provient de ce que les locaux des expositions internationales, comme cela a eu lieu en 1867 et en 1878, sont en général érigés en entrepôts réels. On a essayé de soutenir que ces locaux sont réputés, par suite, n'être pas situés sur le territoire français, et qu'en vertu de cette fiction il n'y a pas une introduction véritable. M. Clunet fait raison de cette subtilité. La fiction attachée aux entrepôts n'existe qu'au point de vue des droits de douane[1]. A tous autres égards les objets placés dans un entrepôt doivent être réputés entrés sur le territoire français. Du reste, l'introduction dans une exposition ne constituerait-elle pas une introduction, qu'il y aurait au moins là, selon nous, un fait d'exposition en vente, assimilé à la contrefaçon (art. 41, loi du 5 juillet 1844).

La brochure de M. Clunet, se termine par une conclusion (p. 88 à 92), dans laquelle l'auteur, laissant de côté les questions de pur droit, se place au point de vue législatif et recherche s'il n'y aurait pas lieu de prendre des mesures législatives spéciales, relativement aux saisies à pratiquer sur des objets placés dans les locaux des expositions internationales. Selon M. Clunet, les expositions ne devraient pas être soumises au droit commun, il croit que les objets exposés devraient être déclarés insaisissables pendant la durée de l'Exposition et pendant un délai à déterminer après sa clôture, pour leur permettre de regagner leur domicile sans être molestés.

Sur cette réforme législative, il nous est impossible de partager les opinions de l'auteur. Sans doute, il nous rappelle que les marchands qui se rendaient aux foires, obtenaient pour eux et leurs personnes, sous l'ancienne monarchie, de nombreux priviléges. Souvent en vertu d'ordonnances royales on ne pouvait exercer sur leurs personnes et leurs équipages, marchandises ou autres choses, *aucune contrainte pour les dettes civiles, pendant qu'ils sont aux foires, qu'ils y séjournent ou qu'ils en reviennent.* « Nous devons reconnaître

[1] V. sur la question notre article et celui de M. Bozérian (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 17 et suiv.).

Digitized by Google

« avec un peu de confusion, dit M. Clunet, que les marchands « qui se rendaient aux foires avec leurs produits, y étaient « protégés par des dispositions légales, que leurs arrière-« neveux, qui étalent les merveilles de l'industrie au Champ « de Mars en 1878, sont réduits à envier. »

Nous ne pouvons nous associer au vœu qu'émet ici M. Clunet. Nous comprenons qu'on use de moyens divers et nombreux pour assurer le succès de nos grandes expositions internationales; mais nous cessons d'admettre ces moyens quand, en favorisant l'exposition, ils favorisent aussi les contrefacteurs et les hommes qui ne payent pas leurs dettes. C'est à ces deux classes d'hommes que profiteraient surtout les innovations réclamées par M. Clunet; les expositions universelles peuvent, grâce à Dieu, réussir en France sans eux. Comme on l'a dit fort ingénieusement, les expositions internationales ne doivent pas être des lieux d'asile pour les contrefacteurs[1], ni pour les insolvables.

En regrettant de différer complétement d'avis avec M. Clunet sur la question législative qu'il soulève, nous sommes heureux de pouvoir donner notre approbation la plus complète aux solutions de droit actuel qu'il adopte. Elles sont motivées avec des développements ingénieux, qui montrent une connaissance très-sérieuse du droit français comme du droit international, pour l'étude et les progrès duquel l'auteur a déjà rendu d'éminents services[2].

CH. LYON-CAEN.

[1] V. article de M. Bozérian précité (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 20 et suiv.).

[2] Un hommage légitime a été rendu en Allemagne à l'étude de M. Clunet par M. Goldschmidt (*Geitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1879, p. 325 à 327). Nous devons reconnaître à regret que le savant jurisconsulte allemand approuve les idées législatives de M. Clunet.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION DU FAILLI APRÈS LA CLOTURE DE LA FAILLITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF,

Par M. Henri Pascaud, juge d'instruction à Sancerre.

L'action du failli est-elle recevable après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif ? Cette question fort controversée ne peut être résolue sans un examen approfondi des principes qui régissent la matière. Tout d'abord, il est nécessaire de se rendre compte de la situation du failli à partir du jugement qui a déclaré la faillite. Ce jugement emporte de plein droit le dessaisissement de tous les biens, même de ceux pui peuvent échoir au failli, tant qu'il est en état de faillite. Toute action mobilière ou immobilière ne peut être suivie ou intentée que contre les syndics. Il en est de même de toute voie d'exécution sur les meubles comme sur les immeubles. Ces précautions rigoureuses sont prises dans l'intérêt de la masse des créanciers, au préjudice de laquelle le failli pourrait détourner tout ou partie de son actif et consentir des avantages particuliers à ceux qu'il voudrait favoriser. Mais ce dessaisissement n'a point pour conséquence d'enlever au failli la propriété des objets qui lui appartiennent; la gestion seule de sa fortune lui est enlevée, et, dans aucune des phases de la faillite, il ne demeure étranger aux opérations destinées à assurer la répartition de son actif aux ayants droit. Ceci résulte des dispositions mêmes du Code de commerce. Aux termes de l'article 443 : « Le tribunal, lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir le failli, partie intervenante. » Il n'est donc pas incapable d'ester en justice. L'article 494 accorde au failli le droit d'assister à la vérification des créances et de fournir des contredits aux vérifications faites et à faire. Somme toute, le failli est dessaisi, mais il n'est pas désintéressé. Son incapacité n'est que relative : il n'est pas en état d'interdiction, et ses actes ne sont nuls qu'en

Digitized by Google

tant qu'ils pourraient porter atteinte à l'actif de la faillite. Cet état de choses n'est constitué que dans l'intérêt des créanciers, et il ne saurait, si nous comprenons bien l'esprit de la loi, leur nuire, même indirectement, en aucun cas.

La faillite a suivi son cours, et les ressources du failli sont nulles ou tout au moins insuffisantes. L'article 517 du Code de commerce dispose, pour cette hypothèse, que : « Si à quelque époque que ce soit, avant l'homologation du concordat, ou la formation de l'union, le cours des opérations de la faillite se trouve arrêté par insuffisance de l'actif, le tribunal de commerce pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite. Ce jugement fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli. » C'est la loi de 1838 qui a créé cette innovation : le code de commerce de 1807 n'avait pas de disposition analogue. « Elle se justifie, dit M. Dalloz, par la considération qu'il est inutile et onéreux de continuer nominalement des opérations que l'on ne peut pas mettre à fin et dont l'unique résultat est de tenir en suspens l'état du failli, la condition des créanciers et des tiers avec lesquels il contracterait et de surcharger d'affaires inutiles les rôles et greffes des tribunaux. » Rien de plus juste, on le voit, que le point de vue auquel s'est placé le législateur, et c'est ainsi du reste qu'on l'a apprécié en Belgique. La loi belge, du 18 avril 1851, a reproduit textuellement, dans son article 536, ces prescriptions et celles de l'article 528 qui complète les principes relatifs à la matière en ces termes : « Le failli ou tout autre intéressé, pourra, à toute époque, le faire rapporter par le tribunal (il s'agit du jugement de clôture pour insuffisance d'actif) en justifiant qu'il existe des fonds pour faire face aux frais des opérations de la faillite, ou en faisant consigner entre les mains des syndics une somme suffisante pour y pourvoir. — Dans tous les cas, les frais des poursuites exercées en vertu de l'article précédent devront être préalablement acquittés. »

L'examen des deux articles que nous venons de citer littéralement paraît démontrer qu'après la clôture pour insuffisance d'actif, la faillite est maintenue. Ceci résulte de

Digitized by Google

l'expression de « failli » que la loi emploie, tandis qu'elle aurait pu se servir de celle de « débiteur. » Ce qui le prouve encore, c'est qu'aux termes de l'article 518, les syndics conservent leurs fonctions, puisque l'on doit consigner à l'avance entre leurs mains les fonds nécessaires pour provoquer le rapport du jugement de clôture. Le débiteur reste donc frappé de dessaisissement, mais sa situation néanmoins est bien différente de ce qu'elle était au début de la faillite. Puisque les créanciers sont rentrés dans l'exercice du droit de poursuites individuelles, le failli défendeur recouvrera nécessairement, par voie de conséquence, la faculté de payer personnellement ceux qui l'actionneront. Si ces payements sont de nature à léser la masse des créanciers, s'ils ont été effectués de mauvaise foi et en fraude de ses droits, ils pourront être annulés.

D'après M. Dalloz, dans cette circonstance : « Le législateur a été dirigé par une double prévision : il a pensé, d'une part, que les créanciers veilleront sur leur gage; il a voulu intéresser leur vigilance à faire appliquer au maintien ou à la reprise régulière de la procédure régulière de faillite l'actif que peut avoir le failli, et il leur a fait porter la peine de l'abandon où ils laisseraient la gestion de la masse; il a voulu, d'autre part, qu'un intérêt puissant, celui de la conservation de sa liberté, (à cette époque, la contrainte par corps n'était pas abolie) excitât fortement le failli à user de toutes ses ressources pour empêcher la procédure de s'arrêter et de se fermer. Il répugnerait d'ailleurs à l'esprit et à la lettre de l'article 527 de n'y voir qu'un simple mandat donné aux créanciers d'agir individuellement dans l'intérêt de la masse. Si chaque créancier ne pouvait, après le jugement de clôture, poursuivre que dans l'intérêt de la masse, cette faculté ne serait jamais exercée, tandis que la certitude d'être indemnisés de leur vigilance les engagera à agir avec promptitude. »

Nous avons vu que les fonctions des syndics ne cessent pas durant la période qui suit le jugement de clôture. Mais leur rôle est pour ainsi dire passif. Ils ne sont plus chargés d'intenter les actions dans l'intérêt dela masse : ils restent gardiens des quelques meubles ou immeubles qu'il n'est pas impossible que la faillite possède, bien qu'elle ait été close

Digitized by Google

pour insuffisance d'actif. Ils ont mission de recevoir les consignations de fonds qui, nous l'avons vu, doivent précéder le rapport du jugement de clôture. Ce sont là, en somme, des attributions presque négatives. La conséquence que l'on est disposé à tirer d'un pareil état de choses, c'est que les liens de la faillite ont été notablement relâchés et qu'en l'absence de prescriptions spéciales, suffisamment explicites, ils n'ont plus absolument et en toute circonstance assez de force pour entraver tous les actes personnels auxquels le failli peut se livrer.

Il est aujourd'hui de doctrine constante que le failli, soit à l'aide de moyens nouveaux, soit par son travail personnel, peut acquérir de nouveaux biens. Ceci résulte tout naturellement de ce que son incapacité est relative et ne s'applique qu'à l'actif dont il est dessaisi dans l'intérêt de ses créanciers : pour tout ce qui est étranger à cet actif, il est capable de s'obliger, conformément au droit commun. La conséquence qui découle de ce principe, c'est qu'il ne peut exciper lui-même de son état de failli pour faire annuler les engagements qu'il a contractés. Mais les créanciers de la faillite conservent le droit d'attaquer les actes qui leur causent un préjudice. Le failli peut donc être actionné devant les tribunaux personnellement et sans la mise en cause du syndic à l'occasion des engagements pris par lui postérieurement à la faillite (Bourges, 28 août 1813; Cass. req., 6 juin 1831, etc.). Les actes qu'il fait sont valables, à la condition de ne point porter atteinte aux biens de l'administration desquels il a été dessaisi et qui constituent en quelque sorte le nantissement de ses créanciers. Telle est la règle qui se dégage d'une jurisprudence assez considérable sur la matière. Du reste, le bon sens est d'accord avec les principes, car, s'il en était autrement, la garantie édictée au profit des créanciers tournerait à leur désavantage.

Si cette doctrine est exacte, nous ne voyons rien en droit qui puisse empêcher le failli d'intenter valablement lui-même les actions qu'ont fait naître, à son bénéfice, la nouvelle industrie qu'il exerce, les conventions nouvelles qu'il a conclues. Capable de contracter, dans la mesure que nous avons indiquée, et de supporter, sous la surveillance de ses créanciers, les conséquences de cette capacité, comment ne

Digitized by Google

pourrait-il faire valoir personnellement ses droits, alors qu'il ne s'agit que des biens dont il n'est pas dessaisi ? Ni les syndics ni les créanciers ne seraient en mesure de le faire aussi utilement que lui, et ce serait multiplier en pure perte les interventions onéreuses, que d'exiger leur présence dans l'instance. Le système qui refuserait au failli une action en justice pour soutenir les droits qui lui sont nés postérieurement au jugement déclaratif de faillite ne serait donc pas pratique. La Cour de cassation, par un arrêt du 8 mars 1854, tout en réservant les droits des créanciers et des syndics, s'est prononcée en ce sens, dans les circonstances de fait suivantes :

Bernard, postérieurement à sa déclaration de faillite, avait créé un cabinet d'affaires et, dans l'exercice de sa nouvelle profession, avait eu occasion d'effectuer à prix convenu, comme mandataire salarié, une négociation pour le sieur Bourdon, directeur d'une compagnie d'assurances à Paris. Celui-ci ayant soulevé des difficultés au sujet du payement des honoraires, l'agent d'affaires l'actionna devant le tribunal de commerce. Bourdon opposa la nullité de l'assignation, et un jugement du 25 novembre 1852 déclara en effet la demande non recevable : « Attendu, y est-il dit, qu'il est constant, en fait, que Bernard est en faillite ; qu'il n'a point obtenu de concordat, et que l'union de ses créanciers n'est pas dissoute ; qu'il s'en suit qu'il n'a pas qualité pour poursuivre le recouvrement de son actif, dont il est dessaisi au profit de la masse. »

Sur le pourvoi, et après délibération en chambre du conseil, la Cour de cassation a statué en ces termes, à la date précitée :

« La Cour ; — Vu l'article 443 du Code de commerce ; — « Attendu qu'aux termes de cet article le failli est, à partir « du jugement déclaratif de la faillite, dessaisi de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui « échoir tant qu'il est en état de faillite, et qu'à partir de ce « même jugement, toute action mobilière ou immobilière « ne peut être suivie ou intentée que contre les syndics ; — « Mais que, quels que soient les effets de ce jugement, il ne « saurait avoir pour résultat de rendre impossible pour le « failli tout exercice d'une industrie personnelle ; — Que la

Digitized by Google

« loi, en effet, ne lui a pas enlevé le moyen de pourvoir à son « existence et à celle de sa famille, ou d'acquérir des res- « sources nouvelles pour se libérer envers ses créanciers ; — « Qu'il est vrai que le dessaisissement opéré par l'état de « faillite s'étend même aux biens à échoir; mais que, sauf « les mesures à prendre par les syndics pour recouvrer ces « biens au profit de la masse, il n'est pas interdit au failli « d'acquérir et de stipuler ; — Que les actes auxquels il se « livre peuvent donc donner lieu à des obligations contrac- « tées envers lui, soit en raison des services qu'il a rendus, « soit pour salaire de son travail, soit à titre de bénéfice ; — « Que par une conséquence nécessaire, et sauf l'action et les « droits des syndics sur les biens qui peuvent lui échoir par « ces divers moyens, il peut intenter contre ses débiteurs « toute action en justice, pour le payement des sommes qui « peuvent lui être dues à ces divers titres ; — Qu'il n'appar- « tient pas à ses débiteurs, qui ont traité avec lui malgré son « état de faillite, de s'en prévaloir contre lui comme d'une « fin de non-recevoir, contre son action en payement, lorsque « les syndics n'agissent pas pour l'exercice des droits de la « masse ; — D'où il suit qu'en jugeant, au contraire, dans « les faits de la cause, que la procédure suivie par Bernard, « commerçant en état de faillite, pour le payement d'un « droit de commission, à lui dû en raison de faits postérieurs « à sa faillite, était nulle d'une manière absolue, le jugement « attaqué a violé l'article précité ; — Casse. »

Ainsi, alors que la faillite conserve toute l'énergie de ses prohibitions pendant l'état d'union, la jurisprudence admet que le failli peut ester lui-même comme demandeur en justice à l'effet de faire valoir les droits qui sont nés à son profit depuis le jugement déclaratif. L'application de ce principe serait-elle plus délicate, lorsqu'il y a eu clôture pour insuffisance d'actif ? L'article 527 qui fait rentrer les créanciers dans l'exercice de leur droit individuel ne dit rien en ce qui concerne le failli. Nombre d'auteurs enseignent que ce silence du législateur dénote l'intention de faire supporter au failli tous les inconvénients de sa situation, sans qu'il en ait les avantages. On peut le poursuivre, et il n'a pas le droit de soutenir une action. Le motif de ces rigueurs de la loi serait que le débiteur qui n'a su conserver

Digitized by Google

aucun actif à ses créanciers ne mérite aucun intérêt. Il y aurait quelque chose de véritablement étrange à admettre que la position du failli pût s'aggraver, au fur et à mesure que les liens de la faillite se relâcheraient, ainsi que nous l'avons dit. Selon nous, donc, l'action personnelle sera toujours recevable, après le jugement de clôture comme avant, lorsqu'il ne s'agira que de droits postérieurs à la faillite.

Nous reconnaissons que la question est moins facile à résoudre, lorsque les demandes du failli se référeront plus ou moins directement aux biens dont il est dessaisi. Mais pourquoi serait-il moins bien traité que celui dont l'union est dissoute par suite d'une liquidation désastreuse? Dans les deux cas, la situation est analogue et présente un passif considérable à côté d'un actif qui est nul. Le jugement qui clôture la faillite pour insuffisance d'actif n'est autre chose, selon l'expression d'un jurisconsulte distingué, chargé de traiter les questions de jurisprudence administrative dans la *Revue générale d'administration*, « qu'une sorte de procès-verbal de carence équivalent à une liquidation infructueuse ». L'assimilation des deux situations semble donc possible, et partant le failli, après le jugement de clôture pour insuffisance d'actif, doit être mis sur le même rang que le failli après la dissolution de l'union par suite d'une liquidation ruineuse. Or, dans ce dernier cas, personne ne lui a jamais contesté le droit d'ester en justice comme demandeur et comme défendeur, quelles que soient les actions intentées.

Au surplus, dans cette controverse, le véritable point de vue à envisager est l'intérêt des parties en présence. Les créanciers doivent désirer, avant tout, que le failli se livre au travail et se crée des ressources : il est donc nécessaire qu'on lui en donne les moyens et qu'on lui permette de former toutes demandes utiles, sous la réserve que les syndics et les créanciers pourront exercer leur surveillance. Une interprétation trop judaïque de la loi aurait pour résultat certain de créer au failli une situation sans issue, de le décourager, de le pousser même à négliger ses droits, s'il ne pouvait les défendre lui-même. Ne l'oublions pas, le dessaisissement subsiste, il est vrai, mais créé au profit des créanciers, il ne doit pas être étendu de manière à leur nuire.

Digitized by Google

La Cour de Bordeaux s'est ralliée à la doctrine que nous soutenons par un arrêt du 30 mai 1853, rendu dans les circonstances suivantes : Le syndic d'une faillite avait admis au passif une créance dont l'existence ou la quotité était l'objet d'un procès entre le créancier et le failli, au moment du jugement déclaratif. Puis la clôture pour insuffisance d'actif avait été prononcée. La Cour juge que c'est là une véritable transaction qui n'est pas opposable au failli, à défaut de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 487 du Code de Commerce, et sur la recevabilité de l'action, elle s'exprime ainsi :

« Attendu que, cette instance subsistant, le failli a nécessairement le droit de la reprendre et de la mener à fin ; — « Qu'elle ne saurait être, en effet, poursuivie par le syndic, « soit parce qu'il y a renoncé, soit parce que les opérations « de la faillite ont été closes pour insuffisance d'actif ; qu'il « ne se peut cependant qu'une action subsiste et qu'il ne se « trouve personne pour l'exercer ; que l'exercice en doit « donc être forcément laissé à la partie intéressée ; c'est-à-« dire au failli, d'autant qu'à l'instance principale se rattache « une demande en dommages-intérêts par lui incidemment « formée contre Rayolles et Bellonne, et qui ne peut être « également suivie que par lui seul ; — Attendu enfin que si « le failli est dessaisi par la loi de l'administration de ses « biens et de l'exercice de ses actions, son incapacité n'est « pas absolue, qu'elle est uniquement relative à l'intérêt de « ses créanciers, et que, dans l'espèce, l'action exercée par « l'appelant ne saurait occasionner aucun préjudice à la « masse, et qu'elle peut, au contraire, selon l'événement du « procès, lui devenir favorable ; par ces motifs, infirme ledit « jugement, déclare l'appelant recevable dans la demande « qu'il a formée.... »

Le Conseil d'État a été saisi à son tour de la question et il l'a résolue comme la Cour de Bordeaux. Un sieur Jary avait intenté, personnellement, devant le conseil de préfecture de la Seine, contre la ville de Paris, une action en indemnité pour dommages résultant de travaux publics. On prétendit que cette action devait être déclarée non-recevable parce que le demandeur était un failli, dont la faillite avait été close pour insuffisance d'actif. Le conseil de préfecture ac-

Digitized by Google

cueillit le moyen, et l'affaire fut déférée au Conseil d'État qui statua en ces termes, le 28 juin 1878 :

« Considérant qu'aux termes du § 4 de l'article 443 du « Code de commerce, le failli, bien qu'il soit dessaisi, dans « l'intérêt de la masse de ses créanciers, de l'administration « de tous ses biens, peut être admis à plaider et à interve- « nir dans les instances introduites par le syndic;

« Considérant que si le jugement qui prononce la clôture « des opérations de la faillite, par suite de l'insuffisance de « l'actif, ne fait pas cesser ce dessaisissement, il ne saurait « avoir pour effet, en privant le failli du droit d'intenter les « actions en indemnité, qui peuvent lui appartenir, de « créer, au détriment de la masse des créanciers et au profit « des tiers contre lesquels l'action est exercée, une fin de « non-recevoir tirée du défaut de qualité du failli;

« Considérant que par jugement en date du 26 février 1874, « la clôture des opérations de la faillite du requérant a été « prononcée pour cause d'insuffisance d'actif, en vertu et « par application de l'article 527 du Code de commerce; « que dès lors c'est à tort que, par la décision attaquée, le « conseil de préfecture a déclaré le sieur Jary non recева- « ble dans sa demande en indemnité contre la ville de Paris, « et qu'ainsi il y a lieu d'annuler ladite décision et de ren- « voyer le requérant devant le conseil de préfecture pour y « être statué au fond sur sa réclamation.

« Décide : — L'arrêté du conseil de préfecture de la Seine, « en date du 11 juillet 1877, est annulé. »

Il existe deux décisions de la justice contraires à cette doctrine. Comme elles ne sont pas longues, et qu'une citation complète aura l'avantage de mettre sous les yeux du lecteur toute la jurisprudence relative à la matière, nous allons les reproduire. Voici comment le tribunal de commerce de Marseille a motivé son opinion :

« Le tribunal; — Attendu que le sieur Gerbaldy a été dé- « claré en état de faillite, et que la clôture des opérations « de cette faillite a dû être prononcée par suite de l'insuffi- « sance de l'actif; — Attendu que le sieur Gerbaldy, no- « nobstant la clôture des opérations de sa faillite, reste tou- « jours en état de faillite; qu'il ne peut, par suite, poursuivre « directement et en son nom personnel, le recouvrement de

Digitized by Google

« la créance qu'il prétend avoir à l'encontre du sieur Im-
« bert; que, frappé de dessaisissement, il n'a point qualité
« pour exercer lui-même une action, soit mobilière, soit
« immobilière; que ce droit ne saurait appartenir qu'au
« syndic de la faillite; — Par ces motifs, déboute le sieur
« Gerbaldy de sa demande, comme non-recevable avec dé-
« pens. »

C'est le juge de paix du canton Nord du Havre qui a eu à se prononcer, le 17 décembre 1862, dans la dernière espèce. Sa sentence est ainsi formulée :

« Nous, juge de paix; — Attendu qu'aux termes de l'arti-
« cle 443 du Code de commerce, le jugement déclaratif de
« la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, des-
« saisissement pour le failli de l'administration de tous ses
« biens; — Qu'à partir de ce jugement, toute action mobi-
« lière ou immobilière ne peut être suivie ou intentée que
« par ou contre les syndics;

« Attendu que, par jugement du tribunal de commerce
« du Havre en date du 6 décembre 1859, enregistré, Dellery,
« entrepreneur de maçonnerie, au Havre, a été déclaré en
« état de faillite; que cependant, par exploit en date du
« 29 novembre 1862, Dellery a actionné les époux Tasserie
« en payement d'une somme de 54 fr. 40 c. pour travaux de
« maçonnerie exécutés à un mur de clôture à eux apparte-
« nant; — Que vainement Dellery oppose que, par jugement
« du 4 octobre 1862, enregistré, le tribunal de commerce a
« prononcé la clôture des opérations de la faillite pour in-
« suffisance d'actif; — Qu'aux termes de l'article 527 du
« Code de commerce, l'unique effet d'un tel jugement est
« d'arrêter le cours des opérations de la faillite et de faire
« rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions
« individuelles, tant contre les biens que contre la personne
« du failli, mais qu'il n'a point pour effet de relever le failli
« de toutes les conséquences de l'état de faillite et de lui
« rendre la capacité qu'il avait perdue d'agir sans l'assis-
« tance de son syndic;

« Attendu qu'il est de principe que la faillite ne prend fin
« que par un contrat d'union ou un concordat; qu'un juge-
« ment de clôture des opérations de la faillite ne la fait pas
« cesser, mais seulement en suspend les opérations, les-

Digitized by Google

« quelles peuvent être reprises sur un jugement qui rapporte « celui de clôture, à la requête du failli ou de tout autre in- « téressé, en consignant aux mains des syndics somme suffi- « sante pour payer les frais (art. 528, C. com.); — Qu'il ré- « sulte des termes mêmes de cet article que la faillite « subsiste toujours, puisque les syndics restent en fonctions, « et que c'est en leurs mains que doivent être versés les « fonds nécessaires à la reprise des opérations; — Attendu « que s'il est constant que la clôture des opérations laisse le « failli dans les liens de la faillite, il n'est pas moins certain « que le jugement de clôture est une aggravation de peine « contre le failli à l'égard duquel il autorise les poursuites « individuelles de ses créanciers, sans lui rendre en retour la « capacité dont sa faillite l'a dépouillé; que cela est si vrai, « que les articles 527 et 528 du Code de commerce quali- « fient de *failli* celui dont la faillite est clôturée, au lieu de « lui donner la qualification de *débiteur*, comme dans le « projet de loi; — Par ces motifs, déclarons Dellery non « recevable en sa demande et le condamnons aux dé- « pens. »

Il est certainemeut difficile de mieux mettre en relief tous les arguments à l'appui de l'opinion que nous combattons. La Cour de cassation n'a pas eu encore à se prononcer. Il est à désirer qu'une occasion prochaine se présente pour elle de formuler sa doctrine sur la question qui nous occupe. Nous sommes convaincu qu'elle adoptera la seule solution utile et pratique, celle que nous recommandons à l'attention des jurisconsultes. H. PASCAUD.

Digitized by Google

LA LOI ANGLAISE DE 1866 SUR LES ÉCOLES INDUSTRIELLES

ET L'ÉTAT LÉGAL EN FRANCE DES ENFANTS VAGABONDS ET MENDIANTS.

Par M. Charles Lucas, membre de l'Institut [1].

On reprochait à l'acte de 1854, qui institua les *écoles de réforme*, de n'avoir pas envoyé à ces écoles de réforme les enfants vagabonds et mendiants, et M. d'Haussonville félicite le législateur anglais d'avoir rempli cette lacune par la loi de 1866, à laquelle remonte la création des écoles industrielles. On pourrait induire de là que l'école industrielle est une institution consacrée aux enfants vagabonds et mendiants. Mais il n'en est pas ainsi. Cette école industrielle est destinée à recevoir tous les enfants désignés en Angleterre sous le nom générique d'*Arabes des rues;* et voici, d'après M. d'Haussonville, les éléments divers que comprend ce terme générique :

1° Les vagabonds et les mendiants âgés de quatorze ans au plus;

[1] Depuis son entrée à l'Institut, en 1836, M. Lucas s'est attaché dans des communications successives à l'Académie des sciences morales et politiques à constater le mouvement progressif de la réforme pénitentiaire dans l'ordre des idées et des faits, en y ajoutant l'exposé de ses appréciations et de ses doctrines. Mais ces communications, qui se produisaient sous la forme de rapports écrits jusqu'au moment où il fut atteint de cécité en 1865 n'en ont pas moins été continuées depuis par lui sous celle de rapports verbaux avec la persévérance du dévouement à une réforme dont il est le promoteur.

Les observations que nous publions sur les écoles industrielles et les mendiants et vagabonds sont un fragment d'un rapport verbal, qui a rempli presque toute la séance du 11 janvier de l'Académie des sciences morales et politiques, à l'occasion du remarquable écrit publié par M. le vicomte d'Haussonville sous le titre de : *Le vagabondage des enfants et les écoles industrielles.* Dans ce rapport verbal ayant pour objet les institutions qui en Angleterre et en France se rattachaient au système répressif et au système préventif relatifs à l'enfance, M. Lucas s'occupe d'abord des institutions anglaises, et c'est après avoir exposé l'organisation des écoles de réforme pour les jeunes délinquants, et les écoles des *Workhouses* pour les enfants pauvres, perfectionnées sous le titre d'écoles séparées et d'écoles de district, qu'il arrive alors dans ce fragment à ce qui concerne les écoles industrielles et les jeunes vagabonds et mendiants et termine par la conclusion de l'examen comparé des institutions répressives et préventives concernant l'enfance en France et en Angleterre. (*Note de la rédaction.*)

Digitized by Google

2° Les abandonnés et les orphelins;

3° Les enfants sans tutelle convenable;

4° Les enfants dont les parents sont en prison;

5° Ceux qui méconnaissent l'autorité paternelle;

6° Ceux qui se montrent insoumis dans les écoles de *Workhouses;*

7° Enfin les jeunes délinquants au-dessous de douze ans qui ont commis quelque infraction passible de l'emprisonnement sans avoir subi auparavant aucune condamnation.

Tels sont les différents éléments de la population dans les écoles industrielles. Voici maintenant la procédure expéditive qui y fait entrer l'enfant, et le pouvoir du juge à cet égard :

L'acte législatif de 1866 reconnaît aux magistrats qui constituent la juridiction sommaire le droit d'ordonner que tous ces enfants seront détenus, pendant un temps dont le magistrat fixe la durée, dans une école industrielle certifiée. Aux termes de cet acte, toute personne a le droit de conduire devant un magistrat un enfant appartenant à l'une de ces catégories si nombreuses et si indéterminées.

Après avoir si souvent entendu louer la création des écoles industrielles comme une institution philanthropique qui faisait honneur à l'Angleterre et se recommandait à l'imitation des pays étrangers, ce n'est pas sans un sentiment de défiance en moi-même que je me suis senti entraîné par une irrésistible conviction dans un ordre d'appréciations bien différentes. A quelque point de vue que je me place, soit à celui des éléments si dissemblables de population dont les écoles industrielles présentent la choquante réunion; soit à celui de la précipitation avec laquelle une procédure anormale appréhende l'enfant sur la rue pour le conduire devant le juge; soit enfin à celui du pouvoir discrétionnaire du juge, appelé à déterminer la durée de l'envoi de l'enfant à l'école industrielle, je ne puis partager les éloges décernés à cette institution.

Pourquoi assimiler les enfants abandonnés et orphelins à ceux qui ont contracté les pernicieuses habitudes du vagabondage et de la mendicité? Pourquoi assimiler au jeune délinquant, âgé de moins de douze ans, qui a commis quelque infraction passible de la peine de l'emprisonnement, l'enfant sans tutelle convenable et le mineur qui méconnaît l'autorité

Digitized by Google

paternelle, lorsqu'en France le nom même de cet enfant ne doit jamais figurer sur les registres de l'établissement où il est renfermé séparément pendant le temps que l'autorité paternelle est appelée à déterminer, sans excéder le maximum de la durée fixée par la loi ?

Je me demande ce que l'on doit entendre par ce mot école industrielle : est-ce, ainsi que cette désignation le ferait supposer, une école consacrée à l'enseignement d'une ou de plusieurs industries? J'en doute, car on ne parle pas des industries qui s'y enseignent ou qui s'y exercent. L'enseignement professionnel y jouerait un assez médiocre rôle, s'il en est des écoles industrielles comme des écoles séparées et de celles de district affectées aux enfants pauvres, où l'on ne pratique guère que deux métiers usuels, ceux de tailleurs et cordonniers; ce qui fait dire judicieusement à M. d'Haussonville que tous ces tailleurs et tous ces cordonniers doivent se faire plus tard une singulière concurrence dans une profession déjà encombrée où leurs produits assez grossiers auront en outre à lutter avec ceux fabriqués par les machines. Il est vrai que sur les cent dix-huit établissements répandus en 1876 en Angleterre, sous le nom d'écoles industrielles, plusieurs étaient purement agricoles, et la désignation d'école industrielle devient singulièrement impropre à l'égard de ces dernières.

Qu'est-ce donc qu'une école industrielle, si ce n'est pas, ainsi que le laisse supposer son nom, un établissement consacré à l'enseignement industriel? C'est à la fois un dépôt de mendicité, puisqu'on y envoie les mendiants et les vagabonds; une école de réforme puisqu'elle reçoit les jeunes délinquants au-dessous de douze ans; un orphelinat, puisqu'on y conduit les enfants abandonnés et orphelins et ceux sans tutelle convenable; une maison préservatrice de l'autorité paternelle, puisqu'elle reçoit les mineurs qui méconnaissent cette autorité, telle que l'institution dont la fondation honore la mémoire de M. Demetz, qui a ajouté cette utile création à celle de Mettray, mais sans jamais vouloir les confondre.

Il y a dans ce pêle-mêle d'enfants, de moralités et de situations si différentes, quelque chose qui bouleverse mon sens moral. Mais les dispositions de la loi de 1856 qui rè-

Digitized by Google

glent la procédure expéditive pour l'arrestation de ces enfants et leur conduite devant le juge ne blesse pas moins en moi le sens judiciaire. Comment, en effet, concevoir ce droit donné à toute personne d'appréhender tout enfant appartenant à l'une de ces diverses catégories et de le livrer au magistrat? M. d'Haussonville avoue lui-même que de tels procédés révolteraient le sentiment public dans notre pays où, hormis le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté et poursuivi qu'en vertu d'un mandat régulièrement décerné par le ministère public.

Je déclare consciencieusement qu'il m'est impossible de reconnaître dans la création des écoles industrielles l'empreinte d'une politique civilisatrice et la réalisation d'un progrès humanitaire. Je ne puis comprendre cette création qu'en me reportant à la politique du débarras dont s'inspira l'Angleterre lorsqu'elle voulut, par la transportation pénale, se débarrasser de sa population criminelle. La transportation ne fut qu'un expédient et la création des écoles industrielles n'est pas autre chose. A ce point de vue tout se conçoit et s'explique. Le but qu'il fallait atteindre étant de débarrasser les rues de Londres de tous ces enfants que l'on désignait sous le nom d'*Arabes des rues*, dès lors, sans s'arrêter à tenir compte des différences de situations et de moralité de tous ces enfants, on les a tous englobés dans la même mesure sans aucun scrupule. Dans ce pays qui habituellement sait si bien pratiquer le respect de la liberté individuelle, on en a sacrifié les principes élémentaires au résultat final qu'on voulait obtenir. Ce que je ne puis m'expliquer, c'est que loin que l'opinion publique s'en soit émue, des associations se sont formées en Angleterre dont les agents appelés *bedeaux des enfants*, les ramassent dans les rues pour les mener devant le magistrat et de là à l'école industrielle.

Les écoles industrielles, qui existent depuis dix années, n'ont pas été sans éprouver, dans le cours de leur existence, quelques écueils qui accusent les vices de leur organisation. M. d'Haussonville, avec l'esprit d'impartialité qui le caractérise et l'honore, ne cherche pas à le dissimuler. On a reconnu que c'était un moyen trop énergique d'assurer l'éducation des enfants, que de les élever aux frais de l'État, et qu'en tenant, dit-il, trop peu de compte de l'autorité des

Digitized by Google

parents, on tendait en même temps à les décharger d'une obligation sacrée.

C'est sous l'influence de cette réaction que la loi de 1876 sur l'enseignement primaire a prescrit la création d'écoles industrielles de jour où les enfants seraient tenus d'aller par ordre du magistrat, où ils recevraient la nourriture et l'instruction professionnelle, mais d'où ils retourneraient coucher, chaque soir, chez leurs parents.

Pour remédier autant que possible à l'abus de faire retomber sur l'État les dépenses qui incombent en principe aux parents, cette loi de 1876 autorise le Trésor à poursuivre contre les parents le remboursement des sommes qu'a coûtées l'éducation de leur enfant, lorsqu'ils sont en état d'y faire face. La somme recouvrée par le Trésor pendant l'année 1876 s'élevant à 18,044 livres 17 schillings constate le nombre considérable des parents qui, ainsi que le dit M. d'Haussonville, poussaient leurs enfants dans la voie du mal afin d'être déchargés par l'État de leur éducation.

M. d'Haussonville ne donne aucun renseignement sur le prix de revient par enfant dans les écoles industrielles de Londres, et il est à désirer qu'on n'y retrouve pas les différences précédemment signalées dans les écoles d'unions et dans les écoles de district, où ce prix de revient varie, comme on l'a déjà vu, de 412 fr. 50 c. à 920 francs par an et par enfant.

Les écoles industrielles qui ont une existence légale, conformément à l'acte de 1866, sont dites certifiées, en raison du certificat qui leur est délivré, et qui leur donne droit aux subventions de l'État et des autorités locales et aux contributions des parents. Ces écoles certifiées étaient, comme il a été déjà dit, au nombre de 118 en 1876.

Il est incontestable que le but pour lequel les écoles industrielles ont été créées a été en partie atteint, et que les *Arabes des rues*, suivant l'expression anglaise, sont moins nombreux aujourd'hui sur le pavé de Londres. Mais ce n'est là qu'un succès matériel et négatif; et quand on considère l'ensemble des mesures auxquelles on a dû recourir pour l'obtenir, on ne saurait dire que la fin justifie les moyens.

Digitized by Google

Les jeunes vagabonds et mendiants.

L'absence d'établissements spécialement consacrés aux jeunes vagabonds et mendiants est une lacune que M. d'Haussonville reproche à la France, et pour la remplir il lui conseille d'emprunter à l'Angleterre l'école industrielle. Il me semble, ainsi que je viens de le démontrer, que l'école industrielle est complétement dépourvue du caractère d'établissements spécialement affectés aux enfants vagabonds et mendiants. Le vice de cette institution est précisément de présenter un pêle-mêle de différentes catégories d'enfants sans destination spéciale pour aucune.

La question n'est donc pas d'emprunter à l'Angleterre l'institution spéciale aux jeunes vagabonds et mendiants, qui n'y existe pas, mais de savoir s'il convient de la créer en France.

Il y a en France des établissements qui sont destinés à obvier à la mendicité, et désignés sous le nom de dépôts de mendicité. Mais leur création n'a rien de spécial aux enfants et ne s'étend pas à tous les départements de la France. La mendicité ne tombe sous le coup de la répression pénale (sauf pour les mendiants d'habitude et valides) que dans les lieux pourvus d'un dépôt de mendicité. Mais le Code pénal déclare le vagabondage un délit. Procédant, comme le dit avec raison M. d'Haussonville, sous la forme peu usitée d'une affirmation qui laisse apercevoir le caractère assez conventionnel, en théorie du moins, du délit, le législateur définit les vagabonds : « Ceux qui n'ont ni domicile « certain, ni moyens d'existence, et qui n'exercent habi- « tuellement ni métier ni profession. »

Du moment où le vagabondage est rangé au nombre des délits, il ne faut pas étendre aux établissements consacrés en France à la répression pénitentiaire des jeunes délinquants le reproche adressé au législateur anglais de n'avoir pas compris, par la loi de 1866, les enfants vagabonds dans les éléments de la population des écoles de réforme.

On peut en dire autant des enfants qui se livrent à la mendicité. L'organisation de ces dépôts n'est pas de nature à faire regretter que leur création ne se soit pas généralisée en

Digitized by Google

France. Dans les lieux où ils n'existent pas, le fait habituel de la mendicité de la part de l'enfant ne le rend pas moins passible de l'arrestation et de l'envoi à l'établissement répressif et pénitentiaire.

Si l'on voit s'accroître le nombre des enfants qui se livrent aux habitudes vicieuses du vagabondage et de la mendicité, ce n'est donc pas à l'absence d'établissements, mais au défaut de poursuites, qu'il faut s'en prendre. Il est certain que les poursuites pour la répression des délits de vagabondage et de mendicité ne s'exercent pas avec la même vigilance et la même régularité que lorsqu'il s'agit de délits communs. Deux raisons principales peuvent l'expliquer : l'une, c'est que le magistrat qui ne peut guère assimiler le délit conventionnel du vagabondage et de la mendicité à celui de l'escroquerie et du vol, n'est pas pleinement rassuré d'ailleurs sur la convenance de réunir ces deux catégories différentes de jeunes délinquants dans les mêmes établissements. Cette raison, que j'examinerai bientôt, est digne d'être prise en sérieuse considération. Mais il n'en est pas de même de la seconde, qui consiste, lorsqu'on craint un encombrement dans les établissements spéciaux affectés aux jeunes détenus, à prescrire au ministère public de suspendre les poursuites contre les jeunes délinquants du vagabondage et de la mendicité, et alors, pendant un certain temps, l'enfant peut se livrer impunément à l'habitude du vagabondage et de la mendicité. Ce sont là des pratiques regrettables qui ne peuvent qu'affaiblir le respect de la loi et de la justice.

Je dirai, de plus, qu'il serait temps de réagir contre l'ancienne et fâcheuse tradition administrative, qui ne calcule guère les besoins de la contenance dans les établissements spéciaux aux jeunes délinquants que pour ce qu'elle appelle les délits de droit commun, en laissant ainsi en dehors de ses prévisions les délinquants du vagabondage et de la mendicité, qu'on ne reçoit dans les établissements de jeunes détenus qu'autant qu'il reste pour eux des places disponibles. On se flatte ainsi de réaliser une double économie dans l'intérêt budgétaire, d'abord celle des frais de construction et celle ensuite de la dépense de nourriture et entretien. Mais on ne se dit pas qu'au lieu de diminuer la criminalité,

Digitized by Google

à laquelle viennent aboutir et concourir dans une si large proportion le vagabondage et la mendicité, on vient favoriser le développement progressif de cette criminalité, qu'on attribue alors à l'inefficacité de la répression pénitentiaire, au lieu de s'en prendre à la déplorable tradition qui sacrifie l'intérêt moral et social à l'intérêt budgétaire.

Quant à la ligne de démarcation qu'on se sent naturellement porté à établir entre la moralité comparée de l'enfant jugé pour petits vols, larcins et filouteries, et de celui qui ne l'a été que pour le fait habituel du vagabondage et de la mendicité, on s'exposerait à des conséquences exagérées si l'on ne consultait l'observation pratique.

Elle indique d'abord que beaucoup de ces enfants, envoyés aux établissements de jeunes détenus pour délits de vagabondage et de mendicité, ont déjà commis des larcins, mentionnés dans la notice qui leur est consacrée. Mais, ce qu'il faut surtout demander à l'observation pratique, c'est l'enseignement qu'on doit en retirer, en remontant de l'effet à la cause.

Le vagabondage et la mendicité proviennent, ainsi que je l'ai déjà dit, de la misère, de l'abandon, de la complicité même de la famille, et enfin de l'instinct. Les vagabonds et les mendiants doivent être rangés en trois catégories : d'abord ceux que j'appelle les vagabonds et les mendiants *accidentels* qui, par suite de la misère et de l'abandon, ne se livrent qu'accidentellement au vagabondage et à la mendicité. Leur situation réclame le bienfaisant patronage des personnes et des institutions charitables qui se dévouent à recueillir les enfants délaissés, soit pour les placer en apprentissage, soit pour les confier à l'éducation agricole ou industrielle de l'orphelinat.

Viennent en second lieu ceux que j'appelle les vagabonds et les mendiants *habituels*, non-seulement par suite de la misère et de l'abandon, mais de la complicité même de la famille, qui les a pervertis par de mauvais enseignements et de mauvais exemples. Il importe que la discipline répressive et pénitentiaire intervienne pour les retenir sur la pente qui les conduisait au délit et au crime. Leur envoi aux établissements de réforme ou maisons de réforme consacrés aux jeunes détenus, comme ayant agi sans discernement, est un

Digitized by Google

bienfait pour eux ; car c'est la mesure préservatrice qui doit sauvegarder leur avenir.

En troisième lieu, enfin, viennent les vagabonds et mendiants que j'appelle *les endurcis*, parce qu'ils joignent à l'habitude enracinée du vagabondage et de la mendicité et aux pernicieux conseils et exemples de la famille, la perversité de leurs mauvais instincts. C'est aux établissements ou maisons correctionnels qu'il faut les envoyer. Ce sont des natures rebelles à toute habitude laborieuse et régulière, et à la subordination même, contre lesquelles il importe de réagir par l'application énergique de la discipline répressive et pénitentiaire, sous peine de voir bientôt éclore le le germe de la criminalité que récèlent leurs dangereux antécédents.

L'administration a souvent, en France, adressé aux chefs d'établissements pénitentiaires de jeunes détenus publics et privés, des questionnaires qui avaient pour objet de connaître leurs appréciations sur les vagabonds et mendiants, compris dans l'effectif de ces établissements. Plusieurs de ces questionnaires m'ont passé sous les yeux, et j'ai pu m'assurer que les demandes et les réponses ne concordaient guère, parce que les unes inclinaient trop du côté des vagabonds et des mendiants accidentels, et les autres de celui des endurcis. Aussi, en ce qui concerne les vagabonds et les mendiants, l'opinion des chefs d'établissements est-elle que l'administration en pense trop de bien, tandis que l'administration leur reproche, de son côté, d'en dire trop de mal. Je crois qu'on se fût mieux entendu de part et d'autre, si les questionnaires, au lieu de parler des jeunes vagabonds et mendiants en général, eussent appelé l'attention en particulier sur chacune des trois catégories que je viens d'indiquer.

Au résumé donc, le vagabondage, comme le fait habituel de la mendicité, est un délit. Je ne prétends pas que la loi pénale à cet égard ne puisse être améliorée, mais tant qu'elle existe, elle doit être respectée et exécutée. L'enfant qui se livre habituellement au vagabondage et à la mendicité doit être poursuivi et jugé comme délinquant et, s'il y a lieu d'après le jugement, envoyé dans l'un des établissements affectés aux jeunes délinquants, puisqu'il appartient à cette catégorie. On ne peut direq u'il y ait lacune dans les institutions répres-

Digitized by Google

sives et préventives en France, à l'égard de l'enfant mendiant et vagabond; car il n'y a pas absence, mais seulement insuffisance de ces institutions. Si l'assistance charitable ne le recueille pas sur la rue au début de cette habitude vicieuse, l'établissement répressif et pénitentiaire est là pour l'en corriger, et c'est le régime illégal du défaut de poursuite et de l'impunité, qui crée dans l'exécution de la loi une lacune qui n'existe pas dans la loi elle-même. Il est facile de revenir à la légalité par suite de la création d'asiles spéciaux pour les jeunes délinquants au-dessous de douze ans, qui laisseront dans les établissements publics et privés des places disponibles à utiliser pour les délinquanls du vagabondage et de la mendicité.

CONCLUSION.

J'arrive enfin au terme de ce coup d'œil si rapide et pourtant encore si étendu en raison du vaste horizon que doit embrasser l'examen comparé des principales institutions qui constituent et caractérisent le régime répressif et le régime préventif à l'égard de l'enfance en Angleterre et en France.

Dans son remarquable rapport relatif à l'enquête sur le régime des établissements pénitentiaires, M. d'Haussonville après un exposé des principales institutions répressives et préventives qui, en Angleterre, concernent l'enfance, arrive à cette conclusion « qu'il faut reconnaître qu'à l'heure actuelle il est fait davantage en Angleterre pour la répression ou la prévention de la criminalité chez l'enfant, qu'il n'est fait en France[1] ». Je crois être autorisé par les développements et les appréciations qui précèdent à exprimer une conclusion différente. Le gouvernement anglais ne fait pas de distinction entre l'établissement préventif et l'établissement répressif à l'égard de l'enfance. Il abandonne les premiers comme les seconds à l'initiative privée, se bornant à en autoriser l'existence par un acte de reconnaissance ou certificat et se réservant seulement son droit de surveillance, mais sans se préoccuper aucunement des principes diffé-

[1] P. 291.

Digitized by Google

rents de régimes disciplinaires appelés à régir ces deux sortes d'établissements distincts.

Il résulte de cet oubli de la part du gouvernement anglais de son droit à exercer et de son devoir à remplir, comme représentant de la sécurité publique, souvent compromise par les délits et les crimes de l'enfant, que le régime de la répression pénitentiaire, qui repose sur l'étroite et intime union des deux principes de l'intimidation et de l'amendement, ne saurait trouver dans les écoles de réforme, en Angleterre, l'organisation de sa discipline.

Le principe de l'intimidation, que rien ne rend obligatoire, est sacrifié à celui de l'amendement, dont l'initiative privée se croit appelée à s'occuper exclusivement dans l'école de réforme, par ce nom même si impropre d'école, qu'elle a reçu du législateur. Il n'y a donc pas de régime répressif en Angleterre, à l'égard de l'enfance. Il n'y a qu'un régime préventif, partout le même, dont la discipline uniforme s'étend indistinctement au jeune criminel et à l'inoffensif orphelin.

On doit être frappé, sans doute, de l'activité de l'assistance charitable en Angleterre, quand on y voit les écoles industrielles certifiées s'élever à 118, en 1876, et le nombre plus considérable encore de refuges non subventionnés, dus au généreux élan de l'initiative privée. Mais on ne peut trouver, dans la multiplicité confuse de ces établissements, aucun ordre dans les idées ni dans les faits, qui permette d'y saisir le but spécial qu'on y poursuit, comme si la spécialité n'était pas, en matière charitable comme en toute autre, la condition de l'efficacité. J'y cherche en vain les établissements spéciaux aux vagabonds et aux mendiants, et ceux uniquement consacrés aux orphelins et enfants délaissés, malheureusement bien insuffisamment répandus en France, sous le nom d'Orphelinats agricoles ou industriels. J'y cherche en vain, notamment, la maison destinée exclusivement aux enfants insoumis à l'autorité paternelle et les asiles spéciaux pour les jeunes délinquants au-dessous de douze ans, qui n'ont été l'objet d'aucune poursuite antérieure.

Les institutions destinées, en Angleterre, à préserver l'enfance du délit et du crime, en l'arrachant autant que possible à la misère et à l'abandon, ne me paraissent pas présenter un ensemble dans lequel elles viennent se coordonner, et envi-

Digitized by Google

sagées séparément, elles sont trop dépourvues des conditions efficaces de la spécialité.

On ne saurait toutefois méconnaître, sous le rapport de l'enseignement élémentaire, la sollicitude avec laquelle l'Angleterre l'a organisé dans ses écoles nationales, par la loi de 1876, et l'a introduit, avant et depuis cette loi, dans les écoles de *Workhouses*, dans les écoles de district, dans les écoles industrielles, comme aussi dans les écoles de réforme. Mais de ce qu'une école d'enseignement élémentaire dût se rencontrer dans tous ces établissements, il ne fallait pas conclure que les établissements de toutes sortes dussent invariablement prendre le nom d'écoles, comme si l'on n'avait pas voulu se donner la peine de tenir compte de la différence de leur nature et de leur destination. Cette uniformité abusive du nom pour ces établissements divers a entraîné alors nécessairement celle du régime et des fâcheuses conséquences qui devaient en résulter.

Quant à la misère, depuis trois siècles bientôt, l'Angleterre s'efforce d'atténuer, par des palliatifs successifs, les funestes conséquences de la taxe des pauvres, qui a engendré à la fois l'état organique et l'hérédité du paupérisme.

Il serait injuste de méconnaître les améliorations apportées à la situation et à l'éducation des enfants pauvres, par la création des écoles de *Workhouses*, des écoles séparées et des écoles de district, qui du moins, en Angleterre et dans le pays de Galles, ont ralenti l'accroissement du paupérisme et son extension héréditaire.

Les institutions qui se rattachent, en France, au régime répressif et au régime préventif, relatifs à l'enfance, présentent, sans doute, bien des imperfections et des lacunes. Elles n'ont pas été l'objet d'un plan préconçu, qui ait reçu ensuite son développement graduel; mais il y a plus d'ordre qu'en Angleterre dans les idées et les faits. C'est sous ce rapport que la France me semble dans une situation bien préférable à celle de l'Angleterre.

J'ai déjà eu l'occasion, dans le cours de ce rapport, d'indiquer quelques-unes des raisons de cette préférence, que je viens brièvement rappeler ici.

La première raison, c'est que la règle relative à la ligne de démarcation qui doit exister entre les institutions du régime préventif et du régime répressif, règle si complètement

Digitized by Google

méconnue en Angleterre, est respectée et observée en France, comme vérité à la fois théorique et pratique:

La seconde, c'est que la France réalise la coexistence des établissements de répression pénitentiaire publics et privés, qui fait complétement défaut à l'Angleterre.

La troisième raison, c'est que ces établissements publics et privés offrent, dans leur ensemble, un cadre assez normal, quoique incomplet. Ce cadre, en effet, attribue, comme on l'a déjà vu, d'abord à l'établissement public, exclusivement, les maisons correctionnelles affectées aux jeunes délinquants âgés de douze ans à seize ans, et destinées à recevoir les enfants condamnés comme ayant agi avec discernement, et les insubordonnés des maisons de réforme.

Ce cadre, ensuite, appelle concurremment les établissements publics et privés, sous le titre de colonies ou maisons de réforme, à recevoir les jeunes délinquants jugés et acquittés comme ayant agi sans discernement.

Quant aux enfants de moins de douze ans, j'ai dit la création récente d'asiles spéciaux où leur éducation réformatrice est confiée à des sœurs de charité.

Des subventions sont accordées par l'État aux sociétés de patronage, qui se chargent du placement et de la surveillance des jeunes délinquants, en liberté provisoire ou conditionnelle.

Enfin, l'administration pénitentiaire s'efforce, par ses encouragements et ses allocations, d'accroître le nombre des associations déjà existantes, telles que la Société des jeunes libérés de la Seine, qui se dévouent au patronage que réclament les jeunes détenus au moment de leur libération définitive. Mais c'est un résultat difficile à atteindre, dans un pays comme le nôtre, où la vie est si affairée et le temps si précieux que le père de famille lui-même a bien de la peine à trouver celui de remplir les devoirs de la surveillance et de l'éducation paternelle.

J'arrive maintenant aux institutions du régime préventif en France, qui tendent à préserver l'enfant du délit et du crime. La voie dans laquelle elles doivent entrer, c'est celle de l'assistance physique, professionnelle, intellectuelle, morale et religieuse, pour donner à l'enfant la nourriture de l'intelligence, de l'âme et du corps.

Je ne saurais assurément faire ici la longue énumération

Digitized by Google

des différentes sortes d'institutions en France, qu'on peut rattacher au régime préventif; mais il me suffira d'en indiquer quelques-unes qui ont le plus de notoriété, pour montrer qu'elles poursuivent, ensemble ou séparément, les quatre buts qu'il s'agit d'atteindre. Ainsi, je citerai la crèche, la salle d'asile, l'école, l'ouvroir, l'orphelinat agricole ou industriel.

Enfin, de même que le système répressif a ses sociétés de patronage pour prévenir la rechute, de même, le système préventif a les siennes pour préserver l'enfant de faillir. On ne saurait calculer les services que rend, à cet égard, l'esprit d'association charitable, par la sollicitude avec laquelle il assiste l'enfant dans ses besoins physiques, intellectuels, professionnels, moraux et religieux.

En résumé, on s'expose à disserter indéfiniment sur l'examen comparé du régime répressif et du régime préventif, en Angleterre et en France, sans pouvoir scientifiquement arriver à conclure, si l'on n'a pas un *criterium* pour point de départ. Or, c'est ce point de départ qui manque à toutes ces dissertations, ce *criterium* pourtant doit exister; et sans avoir ici la prétention de le produire, j'indiquerai quelques principes essentiels, dont j'ai déjà incidemment parlé, et qui paraissent s'y rattacher.

Pour constituer et caractériser le régime répressif, deux principes sont nécessaires.

D'abord, à côté de la tolérance des établissements privés, qui existent par une délégation de la puissance publique, est le principe de la coexistence nécessaire des établissements publics, sans lequel l'État abdique le droit qu'il doit exercer et méconnaît le devoir qu'il doit remplir comme représentant et gardien responsable de la sécurité publique si souvent et parfois gravement menacée par les enfants auteurs de délits et crimes commis avec ou sans discernement.

Ensuite, le principe de l'alliance de l'intimidation et de l'amendement sans laquelle le but isolé de l'amendement ne peut plus donner à l'établissement qu'un caractère philanthropique ou charitable dépourvu de toute influence répressive.

Pour constituer et caractériser le régime primitif, deux principes sont également nécessaires :

Digitized by Google

Celui d'abord de la coordination de l'ensemble des établissements multiples qui se rattachent à ce régime, parce que sans cette coordination ils se neutralisent au lieu de se prêter un utile et mutuel appui ;

Celui ensuite de la spécialité qui appelle chacun des établissements consacrés au régime préventif à viser le but qu'il veut atteindre et vers lequel doivent tendre la direction des efforts et l'emploi des moyens, principe sans lequel tous ces établissements divers, confus et indéterminés, sont ainsi sans aucune destination et par conséquent sans aucune efficacité qui leur soit propre.

Ces principes essentiels étant ainsi une fois posés, on arrive à cette conclusion, confirmée du reste par les faits, qu'en l'absence de la coexistence des établissements publics et privés et de l'alliance de l'intimidation et de l'amendement, le régime répressif n'existe pas en Angleterre, parce qu'il n'a pas sa raison d'être.

Quant au régime préventif par suite de l'oubli du principe de la coordination pour l'ensemble de ces établissements et de celui de la spécialité qui les rattache à un but bien déterminé, ce régime préventif ne peut réaliser l'efficacité qu'on doit en attendre. C'est ainsi que la confusion des principes a dû nécessairement engendrer en Angleterre celle des faits.

Il en est autrement en France, ainsi qu'on la vu. Si les principes précités n'y ont pas reçu une complète et satisfaisante application, aucun du moins n'y est méconnu.

En terminant ce rapide examen comparé des institutions qui se rattachent au régime répressif et au régime préventif relatifs à l'enfance en Angleterre et en France, je me crois donc autorisé à dire que la France suit une meilleure voie dans l'ordre des principes et des faits et qu'à ce double point de vue des institutions répressives et des institutions préventives qui concernent l'enfance, elle n'a rien pour le moment à envier et à emprunter à l'Angleterre. En matière d'institutions préventives, répressives et pénitentiaires concernant l'enfance, on peut dire à la France qu'elle n'avance pas assez vite, mais non qu'elle rétrograde dans la voie du progrès.

CH. LUCAS.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LA POSSESSION DES SERVITUDES DISCONTINUES ET DES SERVITUDES NON APPARENTES,

Par M. Adrien Bastid, chargé de cours à la Faculté de droit de Douai.

Il ne faut pas voir uniquement dans la possession un fait matériel, mais la manifestation extérieure d'un droit qu'on affirme. Son objet est moins une chose qu'on détient qu'un droit qu'on exerce. Cette idée ne fut pourtant pas admise par les jurisconsultes Romains. Voyant avant tout dans la possession l'appréhension d'un *corpus*, ils ne la conçurent que comme s'appliquant aux objets corporels (Paul, L. 4, § 27, *De usurp. et usucap.*, XLI, 3). Cette notion restrictive reposait sur une analyse trop étroite. Derrière le fait de la détention d'une chose, il faut voir le droit dont ce fait est l'affirmation. De même que la jouissance la plus complète de tous les avantages d'un fonds correspond au droit le plus absolu que nous puissions avoir sur les choses, c'est-à-dire au droit de propriété, de même une jouissance plus restreinte pourra correspondre à des droits moins étendus, à un usufruit, à une servitude prédiale. L'élément matériel de la possession se concevra dans les deux cas ; il consistera dans les actes par lesquels l'exercice du droit se traduit. C'est à ce dernier point de vue que s'est placé le Code civil : d'après l'article 2228, la possession peut n'être que la jouissance d'un droit.

Cependant, si, en raisonnant abstraitement, on est conduit à mettre sur la même ligne la propriété et les servitudes personnelles ou réelles, relativement à l'admissibilité de la possession, en fait et pratiquement nous serons, au contraire, amenés à signaler des différences notables entre ces diverses situations et à ranger les servitudes réelles dans une classe à part. Quant à l'usufruit, il se rapprochera davantage, à notre point de vue, de la propriété. L'usufruitier perçoit tous les fruits, comme le ferait le propriétaire lui-même : sa jouissance embrasse la totalité de la chose. Les faits qui caractérisent sa possession sont donc nettement accusés et ne peuvent, quant à leur interprétation, laisser de place à l'équivoque. Tout autre est la situation de celui qui exerce une servitude prédiale. Les actes de jouissance sont moins

Digitized by Google

fréquents, moins répétés, ils ne causeront qu'un faible dommage au propriétaire du fonds servant. L'attention de celui-ci ne sera donc pas suffisamment éveillée pour que son abstention puisse être interprétée comme une adhésion aux empiétements entrepris sur son héritage. D'autre part, l'on pourra se demander à quel titre agit le propriétaire du fonds dominant. Est-ce *jure servitutis?* ou simplement *jure familiaritatis?* Cette dernière interprétation paraitra très plausible et les actes exercés par le propriétaire du fonds prétendu dominant seront plus souvent le résultat de la tolérance, qu'ils n'attesteront l'affirmation énergique d'un droit.

A quoi donc reconnaître qu'une servitude est possédée, c'est-à-dire exercée *jure servitutis?* C'est là, semble-t-il, un point de fait dont l'appréciation doit être laissée au juge. Tel n'est cependant pas le système de la loi, qui tranche notre question par une présomption légale. Sommes-nous en présence d'une servitude continue et apparente : la loi reconnaît la possession, puisqu'elle admet la prescription (art. 690 C. civ.). Les deux caractères de continuité et d'apparence ne sont-ils pas réunis : la possession est présumée précaire, puisque l'acquisition par titre est seule possible (art. 691 C. civ.). Le législateur a cru prévenir toute difficulté en faisant dépendre le caractère de la possession uniquement de la qualification juridique de la servitude exercée. Au lieu de se livrer à l'appréciation délicate de faits non suffisamment caractérisés, le juge n'aura plus à résoudre qu'une question de droit.

On ne saurait blâmer en soi un semblable procédé de législation, tendant à laisser le moins possible à l'arbitraire du juge, pourvu que la présomption posée par la loi ne se trouve pas trop souvent en opposition avec la réalité des faits. Or, en voulant soumettre à une règle inflexible et uniforme des faits variables et changeants, le législateur n'a point atteint le but qu'il se proposait. Il a cru supprimer des contestations, mais l'article 691 posait un principe trop étroit pour que la pratique ne cherchât pas, dans bien des cas, à l'éluder. De ces tentatives pour écarter ou restreindre l'application de notre texte, sont nées des difficultés plus nombreuses que celles que le législateur a cru avoir évitées en statuant ainsi *in abstracto.*

Digitized by Google

On a d'abord cherché à dissimuler sous une possession à titre de propriétaire ou de copropriétaire l'exercice de certaines servitudes, de manière à ouvrir la porte à la prescription que la loi repousse. Celui qui exerce une servitude de passage élèvera une prétention plus haute : il prétendra avoir prescrit, non le simple droit de passer, mais la propriété du sol sur lequel le passage s'est exercé[1]. Ou bien, encore, celui qui a puisé de l'eau chez le voisin se prétendra copropriétaire de la fontaine. Voilà donc tout une série d'hypothèses dans lesquelles la présomption de précarité de l'article 691, au lieu de trancher la difficulté, ne fait qu'en susciter de nouvelles.

D'autre part nous avons déjà indiqué, sauf à l'établir bientôt, que l'inefficacité de la prescription pour les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, tient non pas à un vice *réel* dans la possession, mais à une présomption de précarité dont la loi suppose la possession entachée. Dès lors on a dû se demander si cette présomption était absolue, si elle ne devait pas tomber devant certains faits qui la rendraient inadmissible, notamment devant un titre caractérisant la possession, ou une contradiction opposée au propriétaire du fonds servant (art. 2238 C. civ.). L'examen des difficultés que cette question a soulevées sera l'objet de cet article. Nous nous proposons de suivre sur ce point le mouvement de la jurisprudence, de voir si ses solutions en matière de prescription et d'actions possessoires n'offrent entre elles aucune contradictions, de rechercher enfin quelles considérations l'ont fait entrer dans la voie ou elle paraît s'être définitivement fixée. Pour cela nous nous attacherons successivement aux deux principaux effets qu'engendre la possession : 1° la prescription; 2° les actions possessoires. C'est d'ailleurs sur ce second point que nous nous proposons le plus spécialement d'insister. La prescription des servitudes a été, dans cette Revue même, l'objet d'une étude trop approfondie de la part de notre savant maître, M. Machelard[2],

[1] La jurisprudence admet ces prétentions lorsque les faits de possession peuvent s'interpréter comme indicatifs d'un droit de propriété. Comp. Cass. 18 mars 1875, Sirey, 73, 1, 303; Cass. 2 février 1875, Sirey, 75, 1, 79.

[2] Distinction des servitudes en droit romain, *Revue critique*, t. XXXI, p. 112; t. XXXII, p. 12, 146, 201, 351, 401.

Digitized by Google

pour que nous soyons tentés d'en traiter à nouveau. Si nous touchons à certaines questions de prescription, ce sera donc seulement pour dégager l'idée sur laquelle repose la disposition de l'article 691, de manière à pouvoir indiquer ensuite quelles conséquences elle entraîne au possessoire.

§ 1er.

L'article 691 du Code civil exclut formellement la prescription comme mode d'acquisition des servitudes discontinues même apparentes, et des servitudes non apparentes même continues. Sur quoi est fondée cette prohibition? Tient-elle à ce que ces servitudes ne sont pas susceptibles d'une possession véritable, la condition de continuité ou celle de publicité devant nécessairement faire défaut (art. 2229)? Cette opinion proposée par quelques-uns des premiers interprètes du Code, est aujourd'hui universellement abandonnée. Il est vrai que certaines servitudes, les servitudes négatives sont exclusives de l'idée de possession; la prétention du propriétaire dominant ne se manifeste par aucun acte extérieur, aucun empiétement, et on ne saurait concevoir l'abstention du propriétaire servant comme pouvant être l'objet d'une possession. Mais il est inexact de dire que le caractère de discontinuité ou de non apparence fasse obstacle à une possession continue ou à une possession publique des servitudes positives. Pour qu'une possession soit continue, il n'est pas nécessaire qu'il n'y ait aucune intermittence entre les actes de jouissance; car ce serait exiger une condition impossible à remplir. Il suffit seulement que ces actes soient assez souvent répétés pour constituer l'exercice *régulier* du droit. De même la publicité dans la possession n'implique nullement la nécessité d'ouvrages extérieurs, et se conçoit dès lors, même dans les servitudes non apparentes.

Quel est donc l'obstacle à la prescription? Il provient de ce que les servitudes dont nous parlons, ne constituant pas un état permanent d'empiétement sur le fonds du voisin, le silence de celui-ci ne saurait toujours s'expliquer comme impliquant reconnaissance du droit exercé sur son fonds. Il tolérera facilement des actes ne lui causant qu'un faible préjudice. Des rapports de familiarité et de bon voisinage

Digitized by Google

expliquent ici le défaut de contradiction opposée à celui qui exerce la servitude. Dès lors une grande incertitude règne sur le caractère de la possession. La servitude est-elle exercée *jure servitutis*, ou *jure familiaritatis?* C'est à cette dernière interprétation que la loi s'arrête. « Rien n'assure, rien ne peut même faire légalement présumer, dit l'exposé des motifs de Berlier[1], que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connaissance d'actes souvent fort équivoques, et dont la preuve est dès lors inadmissible. » Admettre cette preuve que la possession était insuffisamment caractérisée, ne serait-ce pas, en effet, supprimer ces services journaliers qu'on se rend entre voisins et que la loi a tout intérêt à maintenir? Si l'on permet d'invoquer ensuite comme la jouissance d'un droit des actes exercés en vertu de la seule tolérance du propriétaire voisin, l'équité serait profondément blessée, la discorde s'éleverait entre propriétaires dont les fonds sont contigus, à cause de la jalouse surveillance qu'ils exerceraient l'un vis-à-vis de l'autre.

La loi présume que l'exercice des servitudes continues non apparentes et des servitudes discontinues apparentes ou non ne constitue que des actes de pure tolérance (art. 2232). Voilà pourquoi la prescription est impossible. Cette présomption est-elle absolue? Admettre la négative serait se mettre en opposition avec la pensée du législateur et les termes de l'article 691. Le législateur a voulu supprimer des difficultés de fait, couper court à des contestations qui auraient pu surgir, protéger efficacement, en le mettant à l'abri de toute prescription, le voisin complaisant. Le but de la loi ne serait pas atteint si la possibilité de faire tomber par la preuve contraire la présomption de précarité de l'article 691, faisant naître des procès, exposait le voisin à être victime de sa tolérance. D'autre part l'article 691 exclut toute possession, même la possession immémoriale, pour établir les servitudes qu'il vise. Sur le fondement de la présomption de précarité qui seule l'explique, la loi annule la possession, en tant que pouvant conduire à la prescription. Donc, aux termes de l'article 1352, la preuve contraire ne saurait être admise. C'est ce que disait déjà Berlier dans le passage précité.

[1] Fenet, t. XI, p. 312, 313.

Digitized by Google

Le point de départ que nous venons de poser et que nous croyons avoir établi nous mènera à la solution des questions fort controversées que soulève la prohibition de prescrire, édictée par l'article 691.

On a prétendu que la prescription devient possible pour les servitudes non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non, lorsqu'elles ont été exercées à la suite d'une déclaration faite par le propriétaire du fonds dominant, qu'il entend se comporter comme ayant droit à la servitude. La contradiction opposée au droit du propriétaire du fonds servant constitue, dit-on, une interversion dans la possession qui, d'après l'article 2238, purge le vice de précarité dont celle-ci était entachée. Résultat à coup sûr fort rationnel : car le silence et l'inaction de celui contre le fonds duquel la servitude est exercée ne se comprennent plus, du moment qu'il est averti des prétentions de son voisin.

L'opinion que nous combattons fait une fausse application de l'article 2238. L'interversion de titre peut bien purger un vice dans la possession, transformer la détention en une possession utile; mais elle ne peut pas rendre prescriptible ce qui ne l'est pas. Or, les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes sont imprescriptibles. On concevrait d'autant moins que la contradiction vînt ici ouvrir la porte à la prescription, que le propriétaire du fonds prétendu servant, se sachant protégé par l'article 691, continuera à user de tolérance, même en présence des tentatives d'usurpation de son voisin, afin de ne pas venir à un procès. Pourquoi, par exemple, une prétention élevée par celui qui passe sur le fonds voisin mettrait-elle le propriétaire dans la nécessité de se clore pour empêcher le passage [1]?

L'opinion qui prétend que l'existence d'un titre colorant la possession lève l'obstacle qui s'opposait à la prescription, ne nous paraît pas mieux fondée. Il faut supposer, en effet, que le titre émane *a non domino*, sans cela il serait *de plano* constitutif de la servitude. Or, si le titre concédé par un pro-

[1] Pour repousser l'application de l'article 2238, on peut encore invoquer l'article 2264, aux termes duquel « les règles de la prescription, ou d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ».

Digitized by Google

priétaire apparent du fonds servant exclut rationnellement l'idée de précarité dans la possession de la servitude, par rapport à celui qui l'exerce; il en est tout autrement à l'égard du propriétaire véritable pour qui le titre est *res inter alios acta*, qui dès lors a pu l'ignorer, et ne pas se préoccuper du caractère nouveau qu'il imprime à la possession. Il y a donc lieu de s'en tenir uniquement à la disposition de l'article 691 dont les termes sont formels pour exclure toute acquisition par prescription. Mais ici les partisans du système que nous combattons prétendent que nous sommes en présence d'un mode d'acquisition par titre; la prescription n'interviendrait que pour compléter le titre. Nous sommes donc en dehors des prévisions de l'article 691 dont le seul objet est d'exclure la possession isolée et réduite à ses seules forces. Cette interprétation est, dit-on, d'autant plus plausible qu'elle est la reproduction pure et simple du raisonnement que faisaient nos anciens auteurs sur l'article 186 de la coutume de Paris. Cet article, plus général que l'article 691, puisqu'il visait toutes les servitudes, excluait aussi la possession comme mode d'acquisition, même la possession de cent ans. Le principe était, *nulle servitude sans titre*, et cependant on n'hésitait pas à admettre la prescription lorsque la jouissance était fondée sur un titre émané *a non domino*. Telle était l'opinion de Ferrière[1] sur l'article 186 de la coutume de Paris. Pothier[2] était du même avis quant à l'interprétation de l'article 215 de la coutume d'Orléans, plus affirmatif encore que l'article précité de la coutume de Paris, puisqu'il interdisait la prescription *s'il n'y a titre valable*. L'imprescriptibilité, qui, dans notre ancien droit, était générale, se trouve maintenant restreinte à certaines servitudes; mais, relativement à ces servitudes, il n'y a pas de raison pour repousser le tempérament de Ferrière et Pothier, interprètes en cela de la doctrine soutenue par tous les docteurs en témoignage de Dunod[3].

[1] Ferrière, sur l'article 186 de la Coutume de Paris, glose 1, n° 8.

[2] Pothier, Introduction aux *Titres des servitudes sur les Coutumes d'Orléans*, n° 8.

[3] *Traité des prescriptions*, p. 292.

Digitized by Google

L'argument tiré de la tradition historique nous touche peu; car les rédacteurs du Code, loin de s'attacher aux idées reçues dans l'ancien droit, ont voulu innover et substituer des règles nettes et simples aux obscurités qui régnaient autrefois sur la question. Parlant des servitudes visées par l'article 691, Berlier dit dans l'exposé des motifs : « *Nulle preuve de possession*, même immémoriale, ne sera admise. » Et il ajoute aussitôt après : « cette décision, conforme à la justice et favorable à la propriété, est l'une des plus importantes du projet, et mérite d'autant plus l'attention qu'elle n'était pas universellement admise dans le dernier état de la jurisprudence. » Les précédents historiques ont donc peu de valeur en présence d'une disposition introduisant un droit nouveau. Le trait caractéristique de cette innovation est la prohibition absolue de la prescription pour les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes. La comparaison entre l'article 691 du Code civil et l'article 186 de la coutume de Paris indique bien que la prohibition, spéciale dans notre droit à certaines servitudes, est plus complète que n'était dans notre ancienne jurisprudence la défense générale de prescrire toutes les servitudes. L'article 186 de la coutume de Paris disait : « Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance quelle qu'elle soit, sans titre, encore que l'on en ait joui par cent ans. » On avait pu conclure de là *a contrario* que la jouissance avec titre pouvait entraîner l'acquisition du droit. Or, ces expressions, *sans titre*, ne se trouvent pas dans notre article 691. Loin de là, la loi distingue, pour les opposer l'un à l'autre, ces deux modes d'acquisition, le titre et la prescription. L'acquisition de celui qui joindrait à sa possession un juste titre et bonne foi est une acquisition par prescription (art. 2265), elle tombe donc sous le coup de la prohibition de l'article 691.

L'impossibilité de ranger dans le mode d'acquisition par titre la prescription qui se réaliserait à la suite d'une possession fondée sur un titre consenti *a non domino* nous paraît encore établie par l'article 695. Il faut, d'après ce texte, que le titre récognitif, à l'égard des servitudes qui ne peuvent pas s'établir par prescription, émane du propriétaire du fonds servant. Il y a donc des servitudes qui ne peuvent pas s'é-

Digitized by Google

tablir par prescription : ce sont les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes [1].

Supposons maintenant réunis les deux éléments qui, venant s'adjoindre isolément à la possession, ne suffiraient pas à détruire la présomption de tolérance. Le prétendant droit à la servitude qu'il exerce a un titre émané d'un individu qui passait pour propriétaire du fonds prétendu servant; ce titre, il le notifie au véritable propriétaire afin que celui-ci ne se méprenne pas sur le caractère de la possession qu'on veut lui opposer plus tard. La jouissance ainsi corroborée n'est-elle pas exclusive de toute idée de tolérance? Ici encore, répondrons-nous, quoique plus difficile à concevoir, l'inaction du propriétaire du fonds prétendu servant n'est pas absolument inexplicable. Il a bien pu ne pas tenir compte de prétentions qui peuvent n'avoir aucun fondement et s'appuient sur un titre qui lui est étranger, procuré peut-être par la connivence frauduleuse d'un ancien usurpateur du fonds prétendu servant [2]. Faut-il que les idées envahissantes d'un voisin le forcent à se comporter, à l'égard de sa chose, autrement qu'il ne le faisait auparavant, qu'on le contraigne à exercer une vigilance incessante pour empêcher des actes qui ne lui causent actuellement aucun dommage? Son inaction n'est-elle pas, de sa part, un acte facultatif ne pouvant engendrer contre lui une prescription? C'est ainsi, selon nous, que la loi l'envisage [3].

Nous nous en tenons à l'article 691, dont les termes impli-

[1] L'opinion que nous défendons paraîtra mieux fondée encore, si l'on admet que la prescription de dix à vingt ans ne s'applique pas aux servitudes même continues et apparentes, la possession de trente ans étant seule reconnue par l'article 690. Logiquement, en effet, la servitude discontinue fondée sur titre *a non domino* devrait, la bonne foi s'y joignant, conduire à la prescription de l'article 2265. Résultat inadmissible si l'article 690, comme nous le croyons, exclut la prescription de dix à vingt ans pour les servitudes continues et apparentes.

[2] Il est vrai que l'article 2265 exige la bonne foi, mais celle-ci se présumant, la mauvaise foi sera souvent impossible à établir.

[3] Cette interprétation de l'inaction du propriétaire du fonds servant nous paraît surtout exacte relativement aux servitudes négatives. On ne peut pas admettre que la contradiction, même soutenue par un titre, force le propriétaire du fonds servant à bâtir, à seule fin d'empêcher la prescription contre lui d'une servitude de ne pas bâtir.

Digitized by Google

quent une présomption invincible de tolérance ou de précarité dans la possession des servitudes discontinues et des servitudes non apparentes [1]. Les systèmes qui s'écartent de ce point de vue sont illogiques; car si la présomption est *juris tantum*, ce n'est pas seulement telle circonstance déterminée, comme le titre *a non domino* ou la contradiction, mais toute espèce de preuve qu'on devrait admettre contre la présomption. L'inimitié entre les propriétaires voisins, le dommage causé par l'exercice de la servitude seraient des faits tout aussi caractéristiques que ceux qu'on allègue comme pouvant effacer la précarité. Or, personne n'est allé jusque là. Si donc toute preuve contraire n'est pas, en thèse générale, admissible, comme, d'autre part, nous ne sommes pas dans un des cas où la loi a spécialement *réservé la preuve contraire* (art. 1352), il faut en revenir à notre point de départ; la présomption est absolue, *juris et de jure*.

§ 2. — *Actions possessoires.*

Les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes, qui ne peuvent pas fonder une possession utile au point de vue de la prescription, donneront-elles naissance à l'action en complainte [2]? Cette question n'est-elle pas résolue d'avance? La possession doit revêtir, pour engendrer l'action possessoire, les mêmes caractères que pour la prescription (art. 23, C. pr. civ.). Dès lors, l'imprescriptibilité n'entraîne-t-elle pas nécessairement le refus de la complainte? Cela serait vrai si le vice dans la possession des servitudes dont nous parlons était un vice *réel* au lieu d'être un vice *présumé* par la loi. Aussi rejetterons-nous l'action possessoire, relativement aux servitudes non apparentes négatives. Ici, en effet, nous paraît faire défaut un des éléments constitutifs de la possession, l'élément matériel, puisqu'aucun acte extérieur ne vient manifester et réaliser l'exercice

[1] Comp. Demolombe, t. XII, p. 788; Demante, t. II, 546 *bis*; Aubry et Rau, t. III, § 251; Laurent, t. VII, p. 239. En sens contraire: Bélime, *De la possession*, n° 258.

[2] Nous ne nous occuperons point ici de la réintégrande qui, n'exigeant pas dans la possession les conditions énumérées par l'article 2229, nous paraît devoir être admise sans difficultés. *Sic* Bélime, n° 385.

Digitized by Google

du droit. Nous ne prétendrons pas que la possession soit viciée, à vrai dire il n'y a pas de possession[1]. Mais, laissant de côté cette hypothèse, plaçons-nous en présence de servitudes positives, soit discontinues, soit non apparentes. La présomption de tolérance, qui les rend imprescriptibles, rend-elle non recevable la complainte intentée par celui qui est troublé dans l'exercice de ces servitudes? Nous pensons tout d'abord, avec MM. Aubry et Rau[2], que l'article 2232, en décidant que «les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription», a eu seulement en vue les rapports de celui qui exerce une servitude par simple tolérance, avec le propriétaire ou le possesseur qui lui en a concédé l'exercice. C'est donc contre ceux-ci, uniquement, que la complainte sera non recevable. Tout au contraire, nous la donnerons contre les tiers qui troubleraient le propriétaire du fonds dominant dans sa jouissance annale de la servitude. En fait, le trouble proviendra presque toujours du propriétaire réel ou apparent du fonds servant. Nous pouvons cependant supposer, pour l'application de notre règle, que deux individus élèvent une prétention à une même servitude de pacage. La jouissance de l'un ne sera pas présumée précaire à l'égard de l'autre.

Accorderons-nous également la complainte, si le trouble dans l'exercice de la servitude est apporté par le propriétaire du fonds servant? Déciderons-nous, au contraire, que la voie du pétitoire est seule ouverte? Sans préjuger la solution de la question, disons, tout d'abord, que l'impossibilité de la complainte ne résulte pas nécessairement de l'imprescriptibilité. Il y a des cas où la prescription est impossible et où, cependant, la saisine possessoire peut exister. Ainsi, l'immeuble dotal, imprescriptible pendant le mariage (art. 1561),

[1] En ce sens : Bélime, n° 265. En sens contraire : Aubry et Rau, t. II, § 179, note 24; Demolombe, t. XII, p. 950; Civ. Cass., 15 février 1841, Sirey, 41, 1, 193.

[2] Aubry et Rau, t. II, § 180, note 16. Nous lisons dans les considérants d'un arrêt du 5 novembre 1867 : « Attendu que la précarité de la possession « n'est un obstacle à l'exercice de la complainte que lorsqu'elle a ce carac- « tère envers l'auteur du trouble, *ab adversario.* » (Sirey, 67, 1, 417.) Il s'agissait d'une compagnie de chemin de fer dont la possession n'est précaire que vis-à-vis l'État.

Digitized by Google

pourra donner lieu à la complainte au profit d'un possesseur étranger. Alléguera-t-on que, dans ce cas, il s'agit seulement d'une imprescriptibilité temporaire, nous citerons le cas où une concession précaire de l'administration a accordé la jouissance d'objets dépendant du domaine public. Cette jouissance est susceptible de former l'objet d'une action possessoire contre un tiers, quoiqu'elle ne puisse pas servir de base à l'usucapion[1]. Autre chose est, en effet, le caractère exigé dans la possession, autre chose la nature de la chose possédée. L'obstacle à la prescription résidant dans la nature de la chose, n'influe pas sur la possibilité de la complainte.

Il ne faut donc pas conclure nécessairement de l'imprescriptibilité au refus de l'action possessoire. Il s'agit seulement de savoir si, dans l'espèce, cette conclusion serait bien fondée. L'affirmative s'induira de ce que, à la différence des hypothèses examinées tout à l'heure, l'imprescriptibilité tient, non pas à la nature ou à la condition juridique de la chose, mais à un vice dans la possession, réputée précaire. Observons toutefois que le vice ne résulte pas de la réalité des faits; il tient à une interprétation que la loi donne à la possession : il peut n'être pas réel, il est simplement présumé. Les termes de notre question se trouvent donc un peu modifiés. La présomption de tolérance sur laquelle repose l'article 691, doit-elle être étendue de la prescription aux actions possessoires?

Il y a de sérieuses raisons en faveur de la négative. On peut d'abord invoquer ce principe général, que les présomptions sont de droit étroit, que, dès lors, leur application doit être strictement renfermée dans les limites de l'hypothèse prévue. La loi ne tranche qu'une question de prescriptibilité. Pourquoi y voir résolue une question de recevabilité de la complainte? Sans nier le lien logique qui unit les deux idées, l'une n'est cependant pas la conséquence nécessaire de l'autre. Les mêmes motifs n'existent pas, d'ailleurs, dans les deux hypothèses. Si la loi n'admet pas la prescription, c'est qu'elle ne veut pas que la tolérance d'un propriétaire puisse faire naître un droit contre lui. Ici, rien de pareil à craindre,

[1] Aubry et Rau, t. I, § 185, note 55; Bélime, nos 252 et suiv.

Digitized by Google

le débat au possessoire ne tranche pas la question sur le fond du droit. Le propriétaire du fonds prétendu dominant qui ne pourra alléguer un titre constitutif de la servitude, succombera nécessairement au pétitoire. La décision intervenue sur l'exercice de la complainte ne pourra donc pas compromettre les droits du propriétaire du fonds servant. Objectera-t-on que la sentence intervenue au possessoire, quoique ne tranchant pas le fond du droit, influe néanmoins sur le pétitoire, qu'elle a notamment pour effet de fixer les rôles au point de vue de la preuve, en la mettant à la charge de celui qui a succombé? Nous répondrons que cette considération, vraie en général, n'a plus ici grande importance, à raison des principes qui régissent l'action négatoire. Le propriétaire qui conteste l'exercice d'une servitude exercée sur son fonds, n'a qu'une chose à prouver, son droit de propriété ; mais il n'a aucune autre preuve à fournir. L'état de liberté des fonds est la situation normale des propriétés. La servitude est une dérogation à l'ordre habituel des choses. Celui qui l'invoque doit en prouver l'existence. La règle *onus probandi incumbit ei qui agit*, reçoit une satisfaction suffisante, en imposant à celui qui exerce l'action, la preuve de son droit de propriété [1]. Il n'est pas à craindre que la maintenue possessoire prononcée au profit du propriétaire du fonds dominant puisse avoir pour conséquence d'établir la servitude, en le faisant triompher, sur l'exercice de l'action négatoire, d'un adversaire qui ne peut pas prouver que son fonds est libre de servitudes. Le danger se trouve écarté par les principes que nous venons de reconnaître avec la grande majorité des auteurs et des arrêts.

Au point de vue pratique, le rejet de la présomption absolue de précarité de l'article 691 présentera de grands avantages, peuvent ajouter les partisans du système que nous exposons. Sans cela, en effet, on arrivera à supprimer complétement les actions possessoires en matière de servitudes discontinues et de servitudes non apparentes. La voie du pétitoire restera seule ouverte à celui qui sera troublé dans l'exercice de son droit. Un procès long et coûteux

[1] Demolombe, t. XII, n° 957; Laurent, t. VIII, n° 288. La jurisprudence est en ce sens.

Digitized by Google

va devenir nécessaire là ou l'intervention du juge de paix semblait indiquée par la nature des choses. On enlève à ce dernier la connaissance d'un litige, rentrant si bien dans le cadre de ses attributions ordinaires et dans l'idée qui a présidé à l'organisation des justices de paix. J'ai le droit de passer sur un fonds, je suis troublé dans l'exercice de ce droit au moment où il me serait le plus nécessaire d'en user. Il s'agit par exemple de traverser le fonds servant pour aller recueillir la récolte de mon champ. Faudra-t-il, alors qu'une prompte décision du litige semble commandée par la nature des choses, recourir aux lenteurs d'une instance au pétitoire? La sentence du juge de paix me maintenant en possession, si j'ai la jouissance annale, ne portera pas atteinte au droit du propriétaire du fonds servant. La difficulté pendante ne sera tranchée que provisoirement; la situation des parties sera réglée sur l'état de fait existant, jusqu'à ce que le juge du pétitoire statue sur l'état de droit. Quoi de plus rationnel? N'est-ce pas en vue d'hypothèses comme celles que nous examinons, qu'a été établie la distinction du possessoire et du pétitoire? Concluons donc que la complainte pourra être exercée pour faire cesser le trouble apporté à l'exercice d'une servitude discontinue ou non apparente. Alors même qu'il n'y aurait pas de titres sur lequel s'appuie la jouissance, le juge de paix maintiendra en possession, si celle-ci lui paraît en fait suffisamment caractérisée.

Quelque sérieux que soient les arguments du système que nous venons d'exposer, nous ne croyons pas devoir nous y arrêter. La loi ne voit, en effet, dans la jouissance des servitudes discontinues ou non apparentes, qu'une possession à titre de tolérance. Que ce vice soit réel ou présumé, peu importe. « Les actes de pure faculté ou de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2232) ». La loi met absolument sur la même ligne la possession et la prescription au point de vue de la tolérance. Ce serait en violer les termes que d'admettre l'une en rejetant l'autre. Dira-t-on que la présomption de tolérance n'a été admise par la loi que relativement à l'usucapion, et ne doit pas être étendue à la complainte? Les termes de l'article 2232 prouvent qu'il n'y a pas de différence à établir. L'obstacle à la prescription con-

Digitized by Google

sistant dans le caractère de la possession doit aussi écarter la complainte. L'explication que Berlier donne de l'article 691 est la confirmation de cette idée, parce que, dans l'exposé des motifs, il déclare inadmissible la preuve de la possession des servitudes discontinues ou non apparentes.

On prétend que les raisons qui ont fait repousser la prescription ne se retrouvent pas lorsqu'il s'agit de la complainte. Les inconvénients existent à un degré moindre, mais ils existent. Il y a toujours ce danger à craindre, c'est que le juge du possessoire ne reconnaisse une possession utile, là où il y a eu seulement jouissance à titre de tolérance. Le propriétaire du fonds prétendu servant sera donc exposé à être victime de sa moindre complaisance envers ses voisins. Le danger est toujours le même au fond; les conséquences seules seront différentes. Elles sont irréparables si l'on admet la prescription; mais elles seront préjudiciables si l'on rend la complainte recevable. Succombant au possessoire, le propriétaire du fonds prétendu servant se verra dans la nécessité d'intenter un procès au pétitoire. Du moment que cette éventualité le menace, ne conçoit-on pas que l'on portera atteinte à ces rapports de familiarité entre voisins, qu'une bonne législation doit chercher à maintenir et à encourager?

Nous reconnaissons que la présomption de tolérance implicitement contenue dans l'article 691 doit être appliquée en matière d'actions possessoires. Ajoutons qu'elle aura dans les deux cas le même caractère absolu, rendant inadmissible la preuve contraire. C'est ce que la logique nous conduit nécessairement à décider. De deux choses l'une : ou bien la présomption embrasse les deux cas et conserve alors sa même nature de présomption *juris et de jure;* ou bien elle ne vise que l'usucapion, et on n'a pas alors le droit, par voie d'interprétation, de créer au point de vue possessoire une présomption *juris tantum*, tombant dans certains faits arbitrairement désignés d'avance. C'est pourtant, nous le verrons tout à l'heure, à ce dernier parti que la jurisprudence s'est arrêtée. Mais avant d'analyser ses décisions, nous avons à compléter l'exposé de notre système en indiquant une restriction que nous croyons pouvoir y apporter sans être infidèles à notre point de départ.

Digitized by Google

L'existence d'une présomption absolue de précarité faisant obstacle à la prescription des servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes peut, à certains égards, être critiquée; mais elle n'est pas entièrement déraisonnable. Il sera regrettable que celui qui a perdu la preuve de son droit, ait par là perdu le droit lui-même, puisqu'une longue jouissance ne fera pas ici présupposer l'existence d'un titre constitutif qu'on ne présente pas. Rien pourtant d'illogique. La loi ne reconnaît qu'une preuve, le titre. Si on ne peut l'opposer aux contestations de son adversaire, on est déchu. Mais en matière d'actions possessoires, la présomption de tolérance, étendue en dehors de ses limites, nous conduirait à considérer comme précaire la jouissance du véritable titulaire de la servitude. Cependant l'*animus domini* peut-il jamais être plus nettement accusé que, lorsque l'apparence étant conforme à la réalité, un droit est exercé par celui à qui il appartient? Ce serait, croyons-nous, prêter gratuitement au législateur une décision déraisonnable que d'admettre ici la présomption de précarité de l'article 691. Ce texte interdit la prescription des servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes. Sa décision doit être restreinte à l'hypothèse qu'il prévoit, c'est-à-dire au cas où il sera question de prescrire ces servitudes. Oui, dans ce cas, la jouissance sera entachée d'un vice de précarité présumée, qui exclura la prescription et la complainte. Mais l'article ne se réfère qu'à des servitudes qu'on voudrait acquérir, pour l'acquisition desquelles on aurait besoin de la prescription. Quant à celles qui ont déjà été acquises par un titre valable émané *a domino*, il ne saurait être question ni de la prescription qui est ici inutile, ni par conséquent de la présomption de précarité. Celle-ci n'a été établie que dans la limite nécessaire pour empêcher la prescription; c'est dans cette limite seulement qu'elle empêchera la saisine possessoire. En d'autres termes, la disposition de l'article 691 et la présomption qui en résulte ne visent que les servitudes à acquérir et non les servitudes déjà établies. Celles-ci sont donc susceptibles d'une possession utile, garantie par les actions possessoires.

Cette restriction à l'impossibilité de posséder les servitudes continues et apparentes n'est point en contradiction avec notre point de départ, avec le caractère absolu de la pré-

Digitized by Google

somption de précarité. Nous ne dirons pas que l'existence d'un titre valable émané *a domino*, et par conséquent constitutif de la servitude, fera tomber la présomption de précarité; nous prétendons que nous sommes en dehors de la présomption, dans une hypothèse différente de celle en vue de laquelle elle a été établie. Il ne faudrait pas croire qu'il n'y ait entre ces deux manières d'envisager les choses qu'une pure question de mots. Dans les conséquences pratiques à déduire, nous nous séparerons de ceux qui admettent comme nous la complainte, dans la seule hypothèse où il y a titre *a domino*, mais qui ne voient dans ce titre qu'une preuve contraire contre la présomption de tolérance de l'article 691.

La servitude discontinue ou non apparente fondée sur un titre constitutif est, disons-nous, susceptible d'être garantie par la complainte, lorque l'exercice en est troublé. Mais la recevabilité de la complainte dépend de la validité, de l'efficacité du titre. Le juge de paix va donc avoir à apprécier les titres. Par cet examen ne contreviendra-t-il pas à la règle qui interdit le cumul du possessoire et du pétitoire (art. 25, C. pr. civ.)? Les auteurs qui voient dans l'existence du titre *a domino* une preuve contraire faisant tomber la présomption de tolérance, répondront négativement[1]. Que signifie la prohibition de l'article 25 du Code de procédure? Elle veut dire que le juge de paix ne pourra pas baser sa décision au possessoire sur des motifs tirés du fonds du droit. Or le juge de paix n'examinera pas les titres au point de vue de leur validité et comme impliquant, en droit, l'existence ou la non existence du droit possédé; il se contentera de les apprécier dans leurs rapports avec la possession qu'ils colorent. Peu importe que le titre émané du propriétaire du fonds servant ou de ses auteurs établisse ou non l'existence de la servitude. Ce titre exclut-il l'idée de précarité dans l'exercice de cette servitude? Telle est l'unique question dont le juge de paix ait à se préoccuper. La décision affirmative qu'il donne à cette question ne porte pas atteinte au droit qu'aura le défendeur qui succombe de faire valoir au pétitoire toutes les causes de nullité ou d'inefficacité du titre qui colorait la possession du demandeur. Ainsi, on prétend que le titre est

[1] Demolombe, t. II, n° 245; Aubry et Rau, t. II, §§ 182 et 185.

Digitized by Google

prescrit, ou bien qu'il a été consenti, au nom du propriétaire, par un individu qui n'avait pas un mandat suffisant, ou bien qu'il était entaché de nullité, à raison par exemple de l'incapacité du constituant ou d'un vice du consentement; ou enfin qu'il est nul pour vice de formes. Le juge de paix ne tranchera pas ces questions au fond; il rapprochera le titre de la possession et conclura à la non précarité.

Nous prétendons, au contraire, que le procédé que nous venons d'indiquer viole la règle qui interdit au juge de paix de cumuler le pétitoire et le possessoire. Notre raisonnement est bien simple : la loi ne reconnaît de possession non précaire des servitudes discontinues ou non apparentes que celle du titulaire de la servitude. En prononçant la maintenue possessoire, qui suppose une possession non précaire (art. 23, Pr. civ.), le juge de paix a implicitement reconnu la légitimité de la prétention à la servitude. Il n'a pu baser sa décision que sur des motifs tirés du fond du droit; car si le droit n'avait pas été reconnu bien fondé, la possession eût été précaire. Nous ne contestons pas, en thèse générale, que le juge du possessoire puisse examiner les titres dans leur rapport avec la possession, sans pour cela en reconnaître la validité. Mais dans l'hypothèse particulière où il s'agit de l'exercice d'une servitude discontinue ou non apparente, cette distinction entre l'examen quant au fond et l'examen quant à la possession, est impossible. Le juge de paix ne peut reconnaître la possession que si le titre est valable. «... La recevabilité de la complainte est liée à l'existence de l'acte, puisque si le titre disparaît, la servitude n'est plus qu'un droit précaire et impuissant; il n'y a donc d'action possessoire que si le titre est valable, et personne autre que le tribunal ne peut statuer sur ce point[1]. »

Que doit donc faire le juge de paix, lorsque le titulaire d'une servitude, muni d'un titre valable, exercera la complainte contre le propriétaire du fonds servant qui le trouble dans l'exercice de son droit? Sans entrer dans l'examen d'une question qui a soulevé de vives controverses et donné

[1] Bélime, *Possession*, p. 485. Quoique ce passage soit conforme à notre manière de voir, cet auteur ne partage pas la doctrine que nous défendons, puisqu'il admet la prescriptibilité des servitudes discontinues fondées sur titre *a non domino*.

Digitized by Google

lieu à de nombreux systèmes, nous croyons que le juge de paix devra suivre la marche suivante : Si le titre n'est pas contesté, le juge de paix statuera au possessoire; s'il y a contestation sur le titre, le juge de paix, sans se dessaisir sur la question de possession, devra, avant de la trancher, renvoyer les parties devant la juridiction compétente pour faire décider la question préjudicielle de validité du titre[1].

On objectera contre ce système qu'il va dépendre du défendeur de changer l'ordre des juridictions. Il n'aura qu'à contester le titre de son adversaire. On ira devant le tribunal civil, et le débat sur la validité du titre étant ainsi tranché, le procès au possessoire va devenir sans objet. En définitive le défendeur aura pu rendre inutile l'action possessoire, forcer son adversaire à transporter le litige sur le fond même du droit.

Nous ferons à cela une double réponse. D'abord, il est bien des hypothèses, prévues par la loi elle-même, où la contestation sur les titres aura pour effet de modifier la compétence. Il dépendra donc alors du défendeur de changer la juridiction en contestant les titres. Ainsi, les juges de paix ne connaissent des actions pour dommages faits au champs, etc., et de celles relatives à l'élagage des arbres en haies, etc., que lorsque *les droits de propriété ou de servitude ne sont pas contestés* (loi du 25 mai 1838, art. 5, n° 1). Voir dans le même sens l'article 4, n° 1 et l'article 6, n° 2, de cette même loi. D'ailleurs, et c'est là notre seconde réponse, ce ne sera pas par pur caprice que le défendeur élèvera des contestations sur les titres. S'il n'y a aucun doute sur leur validité, il ne s'exposera pas au frais d'un procès dans lequel il doit infailliblement succomber. On nous objectera encore que la marche que nous faisons suivre à la contestation est tout à fait anormale. C'est la question portant sur le fond du droit qui sera tranchée la première, alors qu'il eût au contraire été important de faire préalablement résou-

[1] Bélime, n° 150. Cet auteur cite un arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1840 qui reconnaît que le juge de paix avait pu valablement, en retenant la cause sur le possessoire, renvoyer les parties à faire juger préalablement la question de mitoyenneté que le défendeur contestait en prétendant que le mur lui appartenait exclusivement et que, dès lors, il n'y avait pas trouble.

Digitized by Google

dre le possessoire pour fixer la situation respective des parties au point de vue de la preuve dans le débat au pétitoire. Nous privons donc celui qui a exercé la complainte, du principal avantage que son succès lui eût procuré. Mais avant de savoir si la possession procurera tel ou tel avantage, il faudra qu'elle soit établie; or elle ne peut l'être que s'il est prouvé que le titre sur lequel elle se fonde est valable. D'autre part, la possession d'une servitude ne procure pas, au point de vue de la preuve, l'utilité qui s'attache généralement à la possession. Elle ne dispensera pas celui qui a exercé la servitude du fardeau de la preuve dans l'action négatoire. La marche que nous faisons suivre au procès ne dépouille donc pas le demandeur en complainte du prétendu avantage qu'il aurait eu à la solution immédiate du débat possessoire.

Est-il vrai de dire que notre système supprime, en le rendant sans objet, le débat sur le possessoire, lorsque la contestation sur les titres aura amené les parties devant le tribunal civil pour vider la question préjudicielle. Quel intérêt y aura-t-il à revenir devant le juge de paix, lorsqu'une décision préjugeant le fond du droit sera déjà intervenue? Cet intérêt, il est vrai, n'existera pas, s'il a été reconnu que le titre n'était pas valable. Alors, le prétendant droit à la servitude ne peut plus soutenir qu'il a utilement possédé. Mais si la validité du titre a été établie, le juge de paix, qui ne s'est pas dessaisi, prononcera sur le fait de la possession annale alléguée. Il examinera s'il est dû des dommages-intérêts à raison du trouble apporté à la possession, et décidera qui supportera les frais de l'instance.

Notre système ne conduit-il pas, en fait, à la suppression des actions possessoires en matière de servitudes discontinues? On pourrait le croire à première vue; car, pour que le litige ne dégénère pas en un procès sur le fond du droit, il faut supposer que le propriétaire du fonds servant ne conteste pas le titre qui établit la servitude. Mais alors, comment concevoir qu'il ait entravé l'exercice de la servitude? Le trouble donnant lieu à la complainte implique une prétention contraire à la possession troublée. C'est donc que le propriétaire du fonds servant conteste le droit de son adversaire. Le procès au possessoire s'effacera en quelque sorte devant la ques-

Digitized by Google

tion préjudicielle de validité du titre que le défendeur ne manquera pas de soulever. Il est cependant bien des hypothèses dans lesquelles l'existence de la servitude sera reconnue par le défendeur et le débat portera uniquement sur des questions de possession. Le propriétaire du fonds servant pourra contester que l'acte par lui accompli porte un trouble à la possession du titulaire de la servitude. Il pourra dénier l'existence de la possession annale à ce dernier et faire ainsi retomber les frais de l'instance sur le demandeur qui n'était pas en droit d'exercer la complainte. Le débat pourra porter sur l'étendue de la possession. Le titulaire de la servitude prétendra, par exemple, qu'il exerçait depuis plus d'un an la servitude par tel endroit, et demandera à se faire maintenir en possession du droit où il est de l'exercer par cet endroit [1]. Un titre existe dont la validité est reconnue par le propriétaire du fonds servant. Seulement ce dernier prétend que, depuis, la servitude a été éteinte par le non usage. Sans s'arrêter à l'examen de cette prétention qu'il n'a pas qualité pour apprécier, le juge de paix pourra prononcer la maintenue possessoire au profit du propriétaire du fonds dominant ayant la possession annale. Fût-il vrai, en effet, que ce dernier soit auparavant resté plus de trente ans dans l'inaction, il n'en résulterait pas nécessairement que la servitude a été éteinte. La renonciation à prescription est en effet possible (art. 2220 et 2221). Elle pourra s'induire notamment du fait que le propriétaire du fonds servant a laissé la servitude s'exercer dans la suite [2]. La sentence du juge de paix constatant la possession annale aura donc ici une grande importance au point de vue des inductions que le juge du pétitoire pourrait tirer plus tard de cette possession relativement à la renonciation à prescription. Si, dans l'hypothèse que nous examinons, nous n'imposons pas au juge de paix l'obligation de renvoyer les parties à faire trancher préjudiciellement la question d'extinction par le non usage, c'est qu'ici nous sommes en présence d'une servitude déjà établie. Ce n'est pas une servitude nouvelle qui a

[1] Demolombe, t. II, n° 248.

[2] Demolombe, t. II, n° 795 et 1019; Aubry et Rau, t. III, § 255; Orléans, 21 décembre 1835, Sirey, 36, 2, 5.

Digitized by Google

été exercée, c'est l'ancienne servitude dont la possession ne peut être réputée précaire, tant que l'extinction n'en a pas été constatée. A cette époque seulement, nous retomberons sous la présomption de l'article 691.

Il ressort de cette indication générale, que les cas dans lesquels le juge de paix pourra statuer sur la complainte, sans faire préalablement trancher une question préjudicielle, sont assez nombreux pour qu'on ne puisse pas reprocher à notre système d'aboutir, comme conséquence pratique, à la suppression des actions possessoires. Les restrictions que nous admettons, soit à l'admissibilité de la complainte, soit à une solution immédiate, nous paraissent commandées par la nature même de la présomption qui résulte de l'article 691. Nous venons d'indiquer quelles conséquences il convient d'en tirer quand le titre émane *a domino*. Les explications déjà fournies ont établi, croyons-nous, que l'action possessoire ne saurait être admissible en présence d'une contradiction opposée au propriétaire du fonds prétendu servant, ou d'un titre *a non domino*. Il ne nous reste donc plus, pour terminer notre étude, qu'à indiquer les solutions données par la jurisprudence aux questions que nous venons d'examiner.

La jurisprudence paraît admettre, comme nous l'avons fait, l'impossibilité de la complainte pour les servitudes négatives, parce qu'elles ne comportent pas une véritable possession. Nous lisons, dans les considérants d'un arrêt de cassation du 26 décembre 1865 [1] : « Attendu, en droit, que la possession est la détention et la jouissance d'une chose; qu'elle ne peut s'acquérir que par un *fait matériel extérieur* ». L'arrêt que nous citons statue dans une hypothèse où aucun titre n'était allégué à l'appui de la servitude négative; mais le motif mis en avant prouve que cette circonstance est sans influence sur la solution.

En ce qui concerne les servitudes discontinues ou non apparentes qui ne sont pas négatives, la jurisprudence repousse la prescription lorsque la possession s'appuie sur une contradiction opposée au propriétaire du fonds servant. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 8 août 1837 (Sir., 37, 1, 679), décide qu'une possession *a die contradic-*

[1] Sirey, 1866, 1, 65.

Digitized by Google

tionis, commencée sous l'empire de la coutume de Berry qui la reconnaissait, n'a pas pu se poursuivre utilement à partir de la promulgation du Code.

Quant à la possession fondée sur un titre *a non domino*, nous trouvons un arrêt du 16 juillet 1849 (Sir., 49, 1, 545), qui repousse la complainte, et *a fortiori* la prescription, lorsque le titre émane d'un précédent propriétaire du fonds *dominant*. « Mais si le titre, comme dans l'espèce, émane du propriétaire de l'héritage dominant, il n'est ni constitutif, ni récognitif de la servitude, mais seulement énonciatif de sa prétendue existence, et manque de force contre les tiers en général, et en particulier contre le propriétaire de l'héritage servant, qui sont étrangers à l'acte. » Toutefois, il ressort d'un autre passage des considérants de cet arrêt que, dans l'opinion de la Cour suprême, la servitude aurait été prescriptible par dix ou vingt ans, en présence d'un titre émané de celui qui passait pour être propriétaire de l'héritage *servant*. Alors la possession « conduit, en définitive, au moyen de la prescription et par application de l'article 2265 du Code civil, à l'acquisition du droit lui-même. » Mais la doctrine qui ressort des considérants de l'arrêt précité a été maintes fois écartée. Elle est en opposition avec la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, qui n'admet pas la prescription de dix ou de vingt ans, même pour les servitudes continues et apparentes, à plus forte raison en doit-il être de même pour les servitudes qui ne réunissent pas ces deux caractères. Nous ne citerons, dans ce sens, qu'un arrêt de cassation relativement récent, du 23 décembre 1875 (Sirey, 76, 1, 103); la Cour considère la prescription de l'article 2265 comme spéciale à l'acquisition de la propriété (Comp. dans le même sens, civ. cass., 8 août 1837, Sir., 37, 1, 679).

La prescription de dix ou vingt ans étant rejetée, reste-t-il place, lorsque la servitude, s'appuyant sur un titre *a non domino*, n'est pas continue et apparente, pour la prescription de trente ans? Aucun arrêt de cassation, à notre connaissance, ne statue directement sur ce point. La question de prescriptibilité des servitudes discontinues et des servitudes non apparentes ne s'est posée que pour la prescription décennale ou vicennale. C'est seulement, en effet, sur ce terrain qu'elle avait chance de réussir. Le moyen d'échapper à l'article 691,

Digitized by Google

c'est de prétendre qu'il s'agit d'un mode d'acquisition par titre. Or, cette interprétation que nous n'admettons pas, même lorsqu'il s'agit d'une prescription de dix ou de vingt ans s'appuyant sur un titre, est absolument inacceptable quant à la prescription de trente ans[1]. Aussi nos anciens auteurs qui admettaient la possession *ad usucapionem* en présence d'un titre *a non domino*, visaient-ils tous la prescription de dix ou de vingt ans. Concluons de là que la doctrine de la Cour de cassation conduit à l'impossibilité absolue, quelles que soient les circonstances, de prescrire les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes.

Au point de vue de l'action possessoire, au contraire, la Cour de cassation s'écarte de cette rigueur ; sans doute elle repousse la complainte lorsque la possession de la servitude discontinue ou non apparente n'est pas fondée en titre, et cela quand bien même des travaux apparents auraient été effectués sur le fonds prétendu servant (Cass., 6 décembre 1871, Sir., 72, 1, 27). Mais de nombreux arrêts admettent la recevabilité de la complainte comme garantissant la possession fondée en titre (Comp. Cass., 9 janvier 1872, Sir., 72, 1, 225; 9 juin 1873, Sir., 73, 1, 436; 23 mars 1874, 1, 218). D'ailleurs, peu importe que le titre émane *a domino* ou *a non domino*, pourvu que, dans ce dernier cas, le titre provienne de celui qui passait pour propriétaire du fonds servant. C'est ce qui résulte notamment d'un arrêt du 16 janvier 1843[2]. Nous lisons dans les considérants de cet arrêt : « Il importe peu qu'il (le jugement) ait déclaré prendre en considération certains actes dans lesquels les demandeurs en cassation *n'avaient pas été parties* ». Il s'agissait donc d'actes émanant *a non domino*, et la Cour de cassation reconnaît qu'on a pu légitimement les prendre en considération pour déterminer le caractère non précaire de la possession. D'ailleurs les nombreuses décisions qui admettent la complainte pour les servitudes dont la possession est fondée en titre, posent le principe d'une façon générale, sans indiquer la moindre restriction pour le cas où le titre n'émanerait pas du propriétaire du fonds servant ou de ses auteurs.

[1] *Contrà*, Bélime, p. 287, note 1.
[2] Sirey, 43, 1, 412.

Digitized by Google

On comprend que la possession n'étant pas liée à la validation du titre, le juge de paix puisse valablement apprécier celui-ci comme colorant la possession : il n'empiete pas sur le pétitoire, car, son examen ne préjuge pas le fond du droit. L'appréciation du titre dans ses rapports avec la possession n'est pas seulement un droit, mais une obligation. « L'application du titre pour éclairer le caractère des faits de passage est une mesure aussi juridique que nécessaire[1] ». Le juge de paix n'aura pas besoin de surseoir à statuer sur la possession jusqu'à ce que le mérite de l'acte sur lequel elle se fonde soit apprécié par qui de droit. S'il suivait cette marche, sa sentence encourrait la censure de la Cour de cassation (24 juillet 1839, Sir., 39, 1, 861).

Le système de la jurisprudence sur l'action possessoire en matière de servitudes discontinues ou non apparentes présente pratiquement un incontestable avantage; la marche du procès au possessoire ne sera pas entravée par la nécessité de faire vider la question préjudicielle de validité du titre, le juge n'ayant pas à se préoccuper de cette validité pour reconnaître la possession du demandeur.

Mais cette doctrine est-elle exempte de contradictions? Quand il s'agit de prescription, aucun moyen valable de purger le vice de précarité dont la possession est atteinte. Les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes, sont imprescriptibles : leur possession est toujours vicieuse. S'agit-il de la complainte? L'existence d'un titre *a non domino* change la nature de la possession. Pourquoi cette différence? Est-ce parce qu'on rejette, relativement à la saisine possessoire, la présomption que la loi a établie en matière de prescription? Non, car la complainte est déclarée non recevable dans des hypothèses où, en fait, l'idée de précarité dans la possession ne se conçoit pas, dans le cas, par exemple, où des travaux apparents sur le fonds servant constitueraient des empiétements qui attestent très-énergiquement *l'animus domini*. C'est donc que la jurisprudence admet également ici la présomption de tolérance, mais avec un caractère différent. Au lieu d'être absolue, elle peut être

[1] Cass., 23 mars 1874, déjà cité. Voir dans le même sens les arrêts compris dans la même citation.

Digitized by Google

combattue par une preuve contraire : le titre. Il y a là, nous semble-t-il, une contradiction qui ressort très-nettement des considérants des arrêts. En prenant à la lettre ceux qui admettent la complainte, on devrait logiquement conclure à la possibilité de la prescription. C'est ce que nous avons déjà constaté sur l'arrêt du 16 juillet 1849, dont les considérants posent en principe que l'article 2265 serait applicable si la possession s'appuyait sur un titre émané de celui qui passe pour propriétaire du fonds servant. Nous lisons d'autre part, dans un arrêt déjà cité, du 23 mars 1874 : « Si la seule possession annale d'une servitude de passage ne peut donner lieu à une action possessoire, attendu que cette possession est purement précaire, il en est autrement lorsque la complainte est en outre appuyée sur un titre qui fait disparaître la précarité de la possession. » Si la possession n'est pas précaire, pourquoi la prescription est-elle impossible? N'est-ce pas tomber dans une contradiction que de la rejeter? C'est pour l'éviter que nous nous en tenons au système que nous avons développé : la complainte ne peut être recevable que pour faire cesser le trouble dans la possession de servitudes discontinues ou de servitudes non apparentes *déjà acquises*.

ADRIEN BASTID,

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DES LOCATIONS PERPÉTUELLES ET DES BAUX A LONGUE DURÉE,

Par M. E. GARSONNET, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques[1].)

Compte rendu par M Paul CAUWÈS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Dans une remarquable introduction, M. Garsonnet a eu soin de développer devant le lecteur le fil qui relie les institutions si variées dont il lui présente l'histoire approfondie.

[1] Paris, Larose (in-8°), x et 648 pages, 1879.

Digitized by Google

Ces institutions appartiennent presque entièrement au passé, et il n'y a pas à prévoir un retour de fortune en leur faveur. Elles conviennent, en effet, aux âges de transition entre les civilisations primitives et nos civilisations modernes; elles forment le trait d'union entre les communautés agraires et la propriété privée et individuelle. Tous les moyens à l'aide desquels la jouissance du sol a pu être concédée à long terme ou à toujours, sans abdication complète de la propriété, retenue au moins comme droit éminent par le concédant, rentrent dans le cadre de cette large et savante étude. L'État, les cités, les communautés rurales et surtout les aristocraties foncières ont eu recours, pour la mise en valeur des terres, à des tenures multiples grevées de redevances perpétuelles. Ces redevances ont pesé sur le sol jusqu'au jour où il en a été affranchi au profit des classes agricoles qui l'avaient fécondé par leur travail. Dans ces combinaisons, parfois si difficiles à analyser, de l'appropriation territoriale, l'idée dominante paraît être que la possession du sol constitue plutôt une fonction sociale qu'un droit privé. C'est bien aussi ce que signifie le mot *bail* dans son acception la plus ancienne : bail est synonyme de gouvernement, administration, juridiction.

Par locations perpétuelles et baux à longue durée, on peut donc entendre tout autre chose que ce que nous appelons communément louage. Les personnes familières avec l'histoire du droit sauront sans doute reconnaître, sous un titre qui ne semble pas promettre beaucoup, l'intérêt considérable des études historiques entreprises par M. Garsonnet [1].

L'ouvrage est divisé en cinq parties; les deux dernières, consacrées à l'état actuel des locations perpétuelles, ne sont pas les moins intéressantes. On y trouve la confirmation d'une idée fort judicieuse, à savoir que « l'intérêt agri-« cole n'a qu'une importance secondaire dans l'histoire du « bail à long terme; il ne l'a pas fait naître, il ne l'empêche « pas de périr ». Certainement les baux à longue durée ont, sous le rapport de l'économie rurale, des avantages incontestables. En France, notamment, on ne saurait trop déplorer l'insuffisance de durée de la plupart des baux à ferme; mal-

[1] Lauréat de l'Académie des sciences morales et politiques, l'auteur devait maintenir respectueusement en tête de son livre la formule qui avait été adoptée pour le concours ouvert en 1872.

Digitized by Google

heureusement les mœurs font obstacle à de meilleures pratiques agricoles; malgré les abus de jouissance dont ils ont à souffrir, les propriétaires, par faux calcul en bien des cas, tiennent à n'engager l'avenir que le moins possible. La révolution de 1789 ayant proclamé le cultivateur propriétaire du sol, dont il avait la possession immémoriale, a mis au cœur du paysan la passion de la propriété foncière et du faire valoir direct; aussi le nombre des fermiers non propriétaires diminue de jour en jour et le bail à longue durée n'est-il en notre pays presque plus qu'à l'état de souvenir [1]. S'il en est autrement dans quelques autres pays et spécialement en Angleterre, c'est encore moins l'effet de la législation ou des traditions de la classe agricole que celui de la concentration de la fortune territoriale aux mains d'une aristocratie peu nombreuse. C'est ce que M. Garsonnet a bien compris : « Si, « dit-il, le paysan demande encore aux baux à longue durée, « dans les pays aristocratiques qui l'excluent de la propriété « foncière, une existence laborieuse, mais assurée, il ne re- « nonce pas pour cela à l'espoir de changer un jour à son « profit les lois qui le retiennent dans cette condition infé- « rieure ». On ne saurait trop approuver la sagesse pratique avec laquelle est partout affirmée la supériorité économique et sociale de la propriété libre et individuelle, bien qu'en même temps soit mise en lumière l'adaptation rationnelle des anciennes tenures foncières à un état de civilisation très-différent du nôtre.

Les locations perpétuelles ne forment pas un type recommandé aux législateurs de l'avenir, au moins pour les nations de l'Europe occidentale. M. Garsonnet montre que la colonisation moderne y a elle-même renoncé, malgré les facilités qu'elle eût trouvées à s'assimiler les formes féodales de la constitution du sol; son œuvre se poursuit en Amérique, en Australie, sous le régime de la propriété libre. Ainsi les locations à longue durée figurent bien un chapitre des insti-

[1] On a, à cet égard, une indication approximative dans la statistique des valeurs sur lesquelles est perçu le droit d'enregistrement : c'est pour les baux à durée non limitée et pour les antichrèses un capital de 18 millions en 1874 ; encore ce chiffre est-il l'un des plus élevés des estimations annuelles depuis 1827. Au contraire les valeurs relatives aux baux à durée limitée qui s'élevaient déjà à 660 millions à cette époque, ont plus que quadruplé : 2,836 millions en 1874 (*Bulletin de statistique et de législation comparée*, septembre 1878).

Digitized by Google

tutions sociales déjà fermé ou sur le point de se fermer dans le monde civilisé. Toutefois, il y avait un réel intérêt à constater l'état actuel de ces institutions partout où il en subsiste quelques débris ; c'est pourquoi M. Garsonnet nous conduit en Angleterre, dans les pays du nord et du midi de l'Europe, puis en Orient et jusqu'en Chine et au Japon.

Si nous n'avions hâte d'arriver aux recherches historiques qui forment la partie vraiment magistrale de l'œuvre de M. Garsonnet, plus d'une page nous retiendrait : il nous est cependant impossible de passer sous silence le régime du *copyhold* et des tenures *at will*, dont la persistance de fait contraste si singulièrement avec la précarité des droits du tenancier, les développements sur la constitution terrienne des pays musulmans et de l'Algérie, etc., etc. Cette analyse des législations modernes laisse cependant un doute qu'on hésite à exprimer, tant y sont abondantes les notions juridiques et économiques : une part assez large a-t-elle été faite aux emphytéoses temporaires et surtout au métayage? Il est vrai qu'à propos du *livello* toscan l'opinion de M. de Sismondi, si favorable aux métairies, est citée et contredite à l'aide de témoignages plus récents [1], mais la question législative des emphytéoses rurales méritait peut-être plus qu'une mention incidente, et, du moment où M. Garsonnet consacrait plusieurs pages à l'analyse des règles du bail simple, on se demande pourquoi il a cru devoir, dans le chapitre consacré à la France, omettre complétement la combinaison du métayage. Elle est cependant dans les mœurs d'une partie de nos populations rurales du centre et du midi, et peut contribuer à donner aux entreprises de culture une certaine stabilité relative.

L'histoire proprement dite des locations perpétuelles comprend trois parties. La première, consacrée aux peuples de l'antiquité, est subdivisée en deux livres. L'un d'eux embrasse les peuples de l'antiquité en dehors de la domination romaine : les institutions de l'Inde contiennent le germe de la constitution de la propriété foncière des races grecque, germanique et romaine; elles ouvrent donc la série de ces études historiques. Le second livre, beaucoup plus impor-

[1] Ces témoignages ne sont pas unanimes; on peut lire, dans le même sens que M. de Sismondi, une intéressante étude de M. de Sonnino dans l'*Italia* de 1876.

Digitized by Google

tant, contient l'étude des locations perpétuelles chez les Romains; elles y ont joué un rôle considérable, et le sujet est traité sous toutes ses faces : pâturages publics, assignations et fondations de colonies, *agri vectigales;* aucune des origines des possessions perpétuelles à charge de redevance sur l'*ager publicus* n'a échappé à l'examen de M. Garsonnet. Nous voyons plus tard la consolidation de ces possessions, l'extension qu'elles prirent en dehors du sol italique, la formation du droit de superficie, l'institution byzantine de l'emphytéose, l'apparition du colonat, le *Jus in agro vectigali* sur les biens des cités, etc., etc. Toutes les variétés des possessions rurales sont étudiées avec une grande lucidité et une remarquable érudition.

Les plus sérieuses difficultés attendaient M. Garsonnet dans sa seconde et dans sa troisième partie; l'une correspond à la période comprise entre la chute de l'empire romain et l'établissement de la féodalité, l'autre au régime des fiefs et à l'ensemble des tenures coutumières moyennant des redevances irrachetables. On sait combien est obscure l'histoire des institutions pendant les siècles qui ont suivi l'invasion barbare : jamais elle n'a été scrutée avec une science plus sûre, avec plus de clairvoyance. L'habile historien a compris qu'il ne devait pas isoler les tenures dont il avait à préciser les caractères (*bénéfice*, *précaire*, *manse*) du milieu social où ces formes de la possession du sol ont pris naissance. De là vient qu'il procède en premier lieu à l'étude des rapports établis après la conquête entre les Romains et les barbares, puis à la recherche de la transition entre la propriété familiale du droit germanique et la propriété individuelle, enfin à la détermination du rôle de la *recommandation* et à celle de la condition des tenanciers. On remarquera une excellente dissertation sur les bénéfices dans laquelle, en vrai jurisconsulte, l'auteur démontre qu'ils n'ont pas été tous révocables et temporaires, mais qu'il y en a eu de tout temps d'héréditaires et de viagers. Arrivé à la question si controversée de l'origine des bénéfices militaires, il repousse le système de l'origine romaine et celui de l'origine franque, indiquant pour quelles causes on ne doit pas en admettre l'existence avant l'époque carolingienne. Il faut encore signaler la démonstration de l'absorption de toutes les formes du bail à long terme dans la précaire, et la distinction entre la précaire

Digitized by Google

et le bénéfice. « Cette partie de l'ouvrage, dit dans son rap-
« port sur le Mémoire couronné l'éminent historien du droit,
« M. Ch. Giraud, est remarquable par un travail des plus
« consciencieux et des plus approfondis[1]. »

Nous croyons devoir passer plus rapidement sur la troisième partie où il est parlé du régime féodal, non qu'elle soit moins digne de l'attention du lecteur, mais parce que les institutions qu'elle retrace sont un peu mieux connues, grâce à des travaux antérieurs. C'est d'abord un tableau de la féodalité avec ses traits distinctifs dans les différents pays de l'Europe, puis une exposition « neuve et précise », du régime universel des fiefs à l'époque du service militaire et au temps de la décadence féodale. Les derniers chapitres sont consacrés aux tenures à charge de redevances non féodales (locatairie perpétuelle, bail à comptant, à domaine congéable, bail à cens, bail à rente). Un exposé comparatif de l'ancien droit allemand, anglo-saxon, espagnol et italien termine cette description complète et parfaitement nette d'une partie réputée fort difficile des institutions de l'ancien droit.

L'ouvrage de M. Garsonnet est une œuvre de forte et saine érudition. On ne saurait trop louer la conscience des recherches faites aux sources les plus diverses et les plus sûres, l'exactitude et l'abondance des notes dont chaque page est enrichie. Le rapport de la section de législation exprimait « un sentiment profond d'estime véritable pour un travail « très-remarquable et très-complet, fruit d'un labeur excep- « tionnel, ouvrage d'un homme parvenu à toute la maturité « du talent ». Malgré un témoignage aussi décisif, M. Garsonnet n'a pas cru devoir livrer son travail à la publicité avant de l'avoir remanié, refondu, développé en plusieurs parties et soumis sur tous les points à un contrôle sévère. C'est seulement après quatre années d'un labeur (dont ses amis seuls ont pu apprécier la courageuse fermeté) qu'il nous permet enfin de juger une œuvre qui fait honneur à la science française et que l'enseignement du droit peut revendiquer avec fierté.

PAUL CAUWÈS.

[1] Académie des sciences morales et politiques. Comptes rendus, t. CII, p. 91 et suiv., 1874.

Digitized by Google

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT INTERNATIONAL[1].

LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE AU POINT DE VUE INTERNATIONAL[2],

Par M. L. Renault, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. F. Larnaude,
agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux.

M. Renault veut faire profiter le grand public de l'enseignement qu'il donne à la Faculté de droit de Paris et à l'École libre des sciences politiques. Après ses publications sur *La succession au point de vue international*, sur *La poste et le télégraphe dans les rapports internationaux*, voici deux nouvelles brochures qui viennent attester l'infatigable activité du jeune professeur.

La première, qui porte pour titre : *Introduction à l'étude du droit international*, a pour but de montrer ce qu'est le droit international, de déterminer son caractère particulier, son domaine, ses sources.

L'auteur, s'écartant de la méthode généralement suivie, laisse avec raison de côté toutes les dissertations vagues et sans portée pratique qui ont été écrites sur le *fondement philosophique* du droit international. Il se borne à soutenir vigoureusement qu'il y a un droit entre les nations, comme entre les particuliers ; il démontre sans peine que, malgré son défaut de sanction, ce droit n'en existe pas moins comme tel.

M. Renault néglige aussi l'*histoire du droit international*. Ici, nous ne pouvons lui donner une approbation aussi complète. Il nous semble qu'il aurait été bon d'indiquer, dans une synthèse rapide, mais substantielle, les diverses phases par lesquelles a passé, jusqu'à nos jours, le droit international. Il n'est pas, en effet, de branche du droit où il soit plus nécessaire pour un jurisconsulte d'être doublé d'un historien. Cette lacune peut d'ailleurs être comblée à propos de chaque institution examinée en particulier. Mais une vue d'ensemble, au début, nous paraît indispensable.

[1] Larose, éditeur.
[2] Marchall, Billard et C°, éditeurs.

Digitized by Google

A part cette légère critique, l'abondance des faits et des renseignements que l'on trouve dans cette introduction lui assurent certainement un légitime succès. M. Renault a mis à contribution les ouvrages les plus récents, publiés sur le droit international, en Allemagne, en Angleterre, en Italie. La littérature juridique de ces divers pays est soigneusement et complétement analysée.

Dans son premier chapitre, après avoir insisté sur le caractère particulier et sur l'importance, toujours croissante, du droit international, l'auteur nous montre combien son domaine s'étend de jour en jour. Il ne régit plus seulement les pays de l'Europe; les nations de l'Extrême-Orient, elles-mêmes, en adoptent les règles et les principes.

L'auteur insiste, en terminant ce chapitre, sur la division du droit international en droit international public et privé. C'est là, en effet, une division capitale. Mais le droit international privé est-il bien une branche du droit des gens? N'est-ce pas plutôt, comme le pensent Savigny et M. Broches, une annexe du droit civil, du droit commercial, etc.?

Passant ensuite en revue les *sources du droit international*, l'auteur donne sur les traités, sur leur classification, sur leurs effets, des indications précises et complètes. Les citations de faits et d'événements à l'appui de chacun de ces développements, donnent un intérêt tout particulier à la lecture de cette brochure. Les introductions ont souvent le tort de n'être qu'une suite de généralités. M. Renault a su parfaitement éviter cet écueil.

Une bibliographie raisonnée de droit international complète cette introduction. Les divers ouvrages relatifs à cette branche du droit y sont classés avec une méthode rigoureuse. Chacun d'eux est en outre accompagné d'une courte notice. Les appréciations sont quelquefois sévères, mais toujours motivées.

Dans le *Programme d'un cours de droit des gens*, qui termine cette introduction, l'auteur emprunte à l'ordre du droit privé une division fort méthodique, où il fait rentrer sans peine toutes les matières du droit international. Ce n'est là qu'une table des chapitres, dont nous souhaitons que l'auteur fasse paraître au plus tôt le commentaire et le développement.

La deuxième brochure de M. Renault nous transporte dans

Digitized by Google

une matière tout à fait spéciale : *La protection de la propriété littéraire dans les rapports internationaux*. L'auteur nous montre les deux grandes phases par lesquelles a passé cette protection, en France notamment. Jusqu'en 1852, « la contrefaçon des œuvres étrangères est partout licite, sinon honnête. » L'opinion publique se préoccupe, en France, de cette situation fâcheuse ; des tentatives sont faites devant les Chambres pour la faire cesser ; quelques traités sont conclus.

Enfin en 1852 la France proclame hardiment le principe que la contrefaçon en France d'ouvrages publiés à l'étranger est un délit (décret du 23 mars 1852).

L'auteur donne de ce décret, dont l'influence sur la protection internationale a été si considérable, un commentaire approfondi. Il montre ensuite que le généreux exemple donné par la France a déterminé un grand nombre de nations à conclure des traités à ce sujet. Il analyse ces traités et fait ainsi ressortir les différences qu'ils présentent avec le regime légal qui dérive du décret de 1852 auquel ils se substituent. Il dénonce l'égoïste obstination des États-Unis dans le refus de conclure des traités relatifs à cette matière. Les libraires et éditeurs américains peuvent ainsi piller impunément les littératures étrangères et notamment les littératures anglaise et allemande. Il montre aussi la fâcheuse influence que cette situation a produite sur la littérature nationale dont le développement se trouve ainsi complétement paralysé.

Dans cette étude et surtout dans sa dernière partie : *Droit conventionnel résultant des traités conclus par la France avec la plupart des pays de l'Europe*, l'auteur a mis à profit les délibérations des *Congrès littéraires* et des *Congrès artistiques* qui se sont tenus à Paris en 1878. Ce qu'il ne dit pas, c'est la part considérable qu'il a prise à leurs travaux et notamment l'excellente direction qu'il a imprimée aux résolutions du Congrès littéraire.

En finissant il me reste à recommander particulièrement cette étude non pas seulement aux personnes qui s'occupent de droit international, mais surtout aux gens de lettres. Les discussions du Congrès littéraire de 1878 nous ont permis de constater combien ils sont en général ignorants de leurs droits. Cette brochure courte, mais substantielle, simplement écrite, leur permettra de se renseigner exactement à ce sujet.

F. LARNAUDE.

Digitized by Google

COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIÆ.

Par MM. Aubry et Rau. — 4e édit., t. VII et VIII [1].

Compte rendu par M. Joseph Bressolles,
Agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Le huitième et dernier volume du *Cours de droit civil français* par MM. Aubry et Rau vient de paraître, et notre littérature juridique possède désormais complète la quatrième édition de cet excellent ouvrage. Commencée à Strasbourg, en 1867, cette édition était donc destinée à s'achever à Paris plus de dix ans après, à la suite des plus tristes événements, et l'un des savants auteurs, M. Rau, ne devait pas la voir terminée. L'honorable survivant, privé de la collaboration de son ami, a compris ce qu'il devait à sa mémoire et ce qu'il se devait à lui-même, et, après un travail consciencieux de révision, il nous donne un volume digne, à tous égards, de figurer à côté de ses aînés. En analysant ce volume, on nous permettra de dire également quelques mots du tome VII, paru en 1875, à l'égard duquel la *Revue* est vraiment en retard.

Tout a été dit sur la méthode de MM. Aubry et Rau. Très-utile à qui veut étudier la science du droit positif, indispensable à l'étudiant en doctorat qui désire un aperçu synthétique, après avoir retiré des ouvrages classiques les notions élémentaires, le *Cours de droit civil* pourrait facilement rebuter un jeune débutant obligé, pour se conformer aux programmes officiels de première année, de courir du tome I au tome VIII, à propos des articles 13, 14, 15 du Code civil, puis au tome V, afin d'étudier l'organisation de la famille, pour revenir enfin aux tomes II et III. Cet inconvénient était facile à comprendre; il existait non-seulement pour l'étudiant, mais encore pour l'avocat, toujours pressé et désireux de trouver vite la solution qu'il cherche. Afin d'y remédier, une bonne table des matières et des articles accompagne chaque édition. Nous attendons ce complément nécessaire de la quatrième édition, et, puisqu'il n'a pas

[1] In-8°. Paris, Marchal, Billard et Ce, éditeurs.

Digitized by Google

encore paru, serait-ce se montrer trop exigeant que de désirer d'y voir souligné ou marqué en caractères plus forts le passage où l'article du code est plus spécialement commenté, à la différence de ceux où il n'est cité qu'à titre d'argument?

Si, laissant de côté le plan général de l'ouvrage, nous entrons dans l'examen des deux volumes dont nous nous proposons de parler, disons de suite qu'on y retrouve cette science forte et précise, qui est le caractère propre du *Cours de droit civil*. Chaque expression est pleine d'idées, et on est effrayé lorsque l'on songe au travail constant et minutieux que suppose une œuvre aussi considérable. Dans la préface de son *Ancien régime et la Révolution*, M. de Tocqueville écrivait : « Il y a tel chapitre très-court qui m'a coûté un an de recherches » ; et cette phrase, MM. Aubry et Rau pourraient la signer. Le publiciste ajoutait : « J'aurais pu surcharger le « bas de mes pages de notes; j'ai mieux aimé n'insérer ces « dernières qu'en petit nombre et les placer à la fin du vo- « lume. » Quiconque a seulement parcouru l'ouvrage de MM. Aubry et Rau sait bien qu'ils n'ont pas, sur ce point, imité M. de Tocqueville, et telle page, qui renferme une seule ligne de texte, ne compte pas moins de quarante lignes de notes. Le texte affirme : les notes cherchent à convaincre et nous montrent que nos auteurs se sont rendu compte de tout et aiment aussi à rendre compte de tout. Ce genre de disposition rend la lecture de l'ouvrage plus laborieuse et il faut une attention plus qu'ordinaire, si l'on ne veut perdre de vue l'idée principale qui domine la matière. Nous ne saurions, cependant, critiquer cette méthode; ces notes ne nous donnent-elles pas, en effet, à côté de citations historiques, doctrinales et jurisprudentielles du plus haut prix, les raisons de décider en faveur des solutions proposées et les motifs pour repousser les opinions contraires? Pourrions-nous ne pas applaudir à une manière d'enseigner qui oblige à un travail plus sérieux et ne souffre pas une étude superficielle?

Il est impossible de mentionner toutes les matières traitées dans nos deux volumes, mais, à titre d'exemples, nous citerons la théorie de l'imputation des donations avec l'explication très-détaillée de l'article 918 (t. VII, p. 201 et s.), ou encore les partages d'ascendants (t. VIII, p. 1 et s.). Chacun de ces sujets a été, depuis la troisième édition, remanié au point

Digitized by Google

qu'on peut le dire nouveau. Aussi sévères pour eux-mêmes qu'ils le seraient pour un étranger, nos auteurs savent changer d'opinion (t. VII, p. 215) ou même modifier leurs raisons de décider, comme lorsqu'il s'agit de dire pour quels motifs l'article 832 doit être étendu aux partages d'ascendants (t. VIII, p. 22). L'institution contractuelle fournit également à MM. Aubry et Rau l'occasion d'un de ces honorables *Nobis aliquando placebat, sed in contrarium...*, à propos de la question de savoir si un institué peut renoncer, en faveur d'un tiers intéressé, par exemple, d'un donataire ultérieur de l'instituant. Le droit de l'institué est un droit de succession; la prohibition des pactes sur succession future s'applique donc à une telle renonciation.

Si d'autres matières, même importantes, comme les substitutions, l'irrévocabilité des donations, le droit d'action, la théorie générale des exceptions, ne diffèrent pas sensiblement dans cette édition nouvelle, les auteurs ont toujours eu le soin de se mettre au courant de la doctrine et de la jurisprudence la plus récente. C'est ainsi qu'ils réfutent (t. VII, p. 360) l'opinion soutenue par M. Demolombe, d'après laquelle la prescription ne courrait pas au profit des acquéreurs de biens grevés de substitution, tant que le droit de l'appelé ne s'est pas ouvert; c'est ainsi encore qu'ils se séparent de la doctrine de la Cour de cassation, relativement à l'admissibilité de la preuve testimoniale d'un bail, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (t. VIII, p. 224).

L'autorité de la chose jugée qui, avec les voies d'exécution, termine le huitième volume, a fourni, cette année même, l'objet de deux autres travaux, qu'il serait intéressant de comparer avec les théories du *Cours de droit civil*. Dans le dernier volume paru de son *Cours de Code civil*, M. Demolombe consacre à cette matière plus de 150 pages, et notre excellent maître et collègue, M. Arnault, a étudié, devant l'Académie de législation, l'effet relatif de la chose jugée, dans un mémoire fait à propos de la *cessio in jure*. Une pareille comparaison dépasserait cependant les limites d'un simple article bibliographique et ne serait-ce pas, d'ailleurs, le cas de dire, en toute vérité et sans fausse modestie :

Non nostrum tantas componere lites?

M. Arnault a pourtant soulevé un point que M. Demolombe (*Oblig.*, t. VII, n° 375) et MM. Aubry et Rau (t. VIII, p. 386)

Digitized by Google

ne font malheureusement que toucher en passant. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, ces savants auteurs enseignent que « si le jugement sur une action « en revendication ne peut être opposé comme ayant auto- « rité de chose jugée aux tiers qui n'y ont pas figuré, il leur « est du moins opposable, comme constituant, au profit de « celui qui l'a obtenu, une preuve de son droit de propriété, « dont ils ne peuvent détruire l'effet que par une preuve « contraire, en justifiant d'un droit meilleur et plus pro- « bable. » Cette assimilation, presque complète, du titre et du jugement, cet effet donné à une sentence contre ceux qui n'y ont pas été parties, ne sont-ils pas contraires à la vieille règle : *res inter alios judicata aliis non nocet*... et n'ont-ils pas été imaginés, ou tout au moins soutenus, dans le but unique d'assigner une utilité quelconque à la tierce opposition? Celle-ci n'est, d'après MM. Aubry et Rau qu'une mesure destinée à empêcher l'exécution d'une sentence. C'est là, croyons-nous, son véritable caractère; comment nos auteurs n'ont-ils pas, après cela, repoussé une théorie qui parait contraire, aussi bien aux données traditionnelles de la science, qu'aux nécessités de la pratique? Un jugement où je n'ai pas figuré est pour moi, selon l'expression de M. Chauveau (sur Carré, p.1709), qu' « *une feuille de papier blanc* »; qu'ai-je donc besoin « d'en détruire l'effet par une preuve contraire » ?

Nous arrêtons ici ce trop long compte rendu; les volumes de MM. Aubry et Rau méritent de recevoir des éloges d'une plume plus exercée que la nôtre. Le vénérable auteur qui survit à son collègue voudra bien excuser notre langage inexpérimenté et nos critiques, peut-être téméraires. On raconte qu'un jeune débutant d'assises était un jour paternellement interrompu par le président; il prend aussitôt des conclusions, demandant acte de ce que la défense n'est pas libre; et le président de lui répondre : « Avocat, la Cour vous donne acte de ce que vous êtes un jeune homme. »

JOSEPH BRESSOLLES.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DES POUVOIRS DES CONSEILS GÉNÉRAUX ET DES COMMISSIONS DÉPARTEMENTALES

EN MATIÈRE DE CLASSEMENT, D'OUVERTURE ET D'ÉLARGISSEMENT DES CHEMINS VICINAUX

Par M. Jean Sauzey, auditeur au Conseil d'État.

Plusieurs années se sont écoulées depuis que les lois du 18 juillet 1866 et du 10 août 1871 ont attribué successivement aux conseils généraux la plus grande partie des pouvoirs exercés auparavant par les préfets en matière de chemins vicinaux. Bien que ces lois n'aient apporté aucun changement dans les règles du fond et n'aient opéré, en réalité, qu'un déplacement d'attributions, leur application a donné lieu déjà à un grand nombre de décisions rendues au contentieux par le Conseil d'État; des questions nouvelles ont été soulevées sur les pouvoirs respectifs des commissions départementales, des conseils généraux et de l'administration centrale, certains points de la législation ont été placés mieux en lumière, — de là un corps déjà imposant de jurisprudence dont il n'est pas sans intérêt de faire ressortir la doctrine.

Le pouvoir des conseils généraux sur la voirie vicinale est presque souverain; il comprend le droit, soit d'autoriser, soit de prononcer l'expropriation pour cause d'utilité publique, leurs décisions ont pour conséquence ordinaire d'augmenter les charges des communes; aussi est-il nécessaire de bien préciser les limites des attributions respectives des conseils généraux et des conseils municipaux, et de déterminer les garanties établies par la loi en faveur des particuliers.

La terminologie de la matière est loin d'être simple; le même acte est souvent désigné dans la même loi par deux ou trois expressions différentes.

Ainsi la loi du 9 ventôse an XIII enjoint à l'administration publique de faire *rechercher et reconnaître les anciennes limites*

Digitized by Google

des chemins vicinaux et de *fixer, d'après cette reconnaissance, leur largeur*, suivant les localités. Aux termes des articles premiers des lois des 28 juillet 1824 et 21 mai 1836, les chemins nécessaires à la communication des communes sont *reconnus* par le préfet. D'après l'article 7 de la loi du 21 mai 1836, les chemins vicinaux peuvent être *déclarés* de grande communication par le conseil général qui en *détermine la direction;* et c'est alors le préfet qui en *fixe la largeur et les limites.* D'après l'article 15 de la même loi, le préfet prend des arrêtés portant *reconnaissance et fixation de la largeur* des chemins vicinaux ; il fait autre chose quand, aux termes de l'article 16, il *autorise des travaux d'ouverture et de redressement.* La loi du 10 mai 1838 parle la première du *classement* des chemins vicinaux (art. 41). La loi du 18 juillet 1866 parle de la *désignation* des chemins d'intérêt commun, et la loi du 10 août 1871 reproduit la plupart de ces expressions.

Une telle variété de dénominations approche de la confusion ; et cependant toute erreur peut avoir de graves conséquences, car, suivant la nature de chacun de ces actes administratifs, les formes selon lesquelles ils doivent être rendus, leurs effets sur la propriété sont différents, et les recours sont ouverts ou fermés à tels ou tels intéressés.

Les décisions des conseils généraux ou des commissions départementales, en matière de chemins vicinaux, peuvent se diviser, d'après leur nature et leur portée juridique, en quatre catégories bien distinctes :

1° Le conseil général et la commission départementale prennent des décisions dont le caractère est surtout d'ordre administratif intérieur et qui n'ont jamais pour effet d'entraîner des modifications de propriété ; telles sont les décisions par lesquelles ils classent un chemin parmi les chemins vicinaux, sans toutefois ordonner immédiatement l'exécution d'aucun travail.

2° Le conseil général et la commission départementale autorisent l'exécution des travaux d'ouverture ou de redressement d'un chemin vicinal, c'est-à-dire prononcent une véritable déclaration d'utilité publique qui sera le point de départ d'une procédure d'expropriation.

3° Le conseil général et la commission départementale

Digitized by Google

ordonnent l'élargissement des chemins vicinaux, et par leur décision, ils autorisent la prise de possession des terrains nécessaires, sans qu'il ait été procédé à une expropriation proprement dite.

4° Le conseil général et la commission départementale sont, en certains cas, appelés à donner l'interprétation de leurs décisions antérieures; ils remplissent alors une fonction contentieuse, qui est soumise à des règles particulières.

Après avoir étudié la nature et les formes de chacune de ces décisions, nous examinerons de quels recours elles peuvent être l'objet, et devant quelle autorité ces recours doivent être portés.

I

DES DÉCISIONS PORTANT CLASSEMENT D'UN CHEMIN VICINAL.

On peut comprendre, sous la dénomination générale de *classement*, les actes accomplis par les conseils généraux ou par les commissions départementales, quand ils prononcent sur le *classement*, la *déclaration* ou la *reconnaissance* d'un chemin vicinal.

Dans le sens des mots — classement, déclaration et reconnaissance — il n'est guère de différence appréciable. A une époque qui n'est pas encore très-ancienne, l'administration et le Conseil d'État avaient attribué au mot de *reconnaissance* un sens tout différent de celui qu'on donnait au mot de *classement*. Mais la doctrine s'est modifiée sur ce point et l'usage exclusif du mot classement paraît s'être généralisé dans la pratique. On pourrait dire toutefois que les mots de déclaration et de reconnaissance ne s'emploient qu'appliqués à une voie publique déjà existante, tandis que le mot de classement s'emploie indifféremment quand il s'agit de faire entrer dans la catégorie des chemins vicinaux une voie déjà ancienne, ou d'ouvrir un chemin nouveau au travers des propriétés privées.

Les décisions que nous venons d'énumérer étaient prévues sous la première législation par les articles 1er de la loi du 28 juillet 1824, et 7 (§§ 1 et 2) de la loi du 21 mai 1836; elles le sont aujourd'hui par les articles 46 (§ 7) et 86 (première partie) de la loi du 10 août 1871.

Digitized by Google

La décision est prise par le conseil général ou par la commission départementale dans des termes qui diffèrent généralement peu des suivants : « Tel chemin, allant de « telle localité à telle autre, et passant par tel lieu, est « reconnu, déclaré ou classé comme chemin vicinal et sa « largeur est fixée à tant de mètres. »

La conséquence d'une semblable décision, si elle a été prise au sujet d'une voie publique déjà existante, sera de la faire porter au tableau des chemins vicinaux ; cette voie publique participera dorénavant, quant à la dépense d'entretien, aux ressources spéciales réservées aux chemins vicinaux de la catégorie dans laquelle elle a été placée, et les communes se trouveront obligées de subvenir à son entretien, dans la limite de leurs revenus ordinaires et des contributions spéciales qui peuvent leur être imposées d'office en vertu des lois.

Si la décision du conseil général ou de la commission départementale porte, non plus sur un chemin public déjà existant, mais sur une voie à ouvrir au milieu des propriétés privées, elle n'aura pas d'autre conséquence que de déclarer, en principe, l'utilité du chemin, et la largeur qu'il faudra lui donner, afin qu'on puisse entreprendre utilement les études et ouvrir la procédure qui devra précéder l'exécution des travaux.

Là se bornent les effets de la décision; elle ne porte immédiatement aucune atteinte à la propriété privée; elle pourra conduire, il est vrai, soit à l'expropriation prévue par l'article 16 de la loi du 21 mai 1836, soit à la prise de possession prévue par l'article 15, mais les travaux indiqués dans ces articles ne pourront être mis à exécution qu'après une décision nouvelle rendue par le conseil général, à la suite d'une procédure spéciale.

Quand une proposition de classement est soumise au conseil général, il arrive souvent que les formalités préalables à l'application des articles 15 et 16 de la loi de 1836 ont été déjà remplies. Rien ne s'oppose alors à ce que le conseil général classe le chemin et ordonne l'exécution des travaux nécessaires par une seule et même décision, mais, en pareil cas, la décision contient deux actes distincts, et dont la nature juridique est si différente que la loi de 1836, dans son

Digitized by Google

article 7, relatif aux chemins de grande communication, avait mis le premier dans les attributions du conseil général (§§ 1 et 2), tandis que le second était réservé au préfet (§ 3).

C'est qu'en effet la décision par laquelle un conseil général, en classant un chemin, a fixé d'une manière générale sa largeur à *tant* de mètres, est impuissante à modifier l'état de la propriété riveraine du chemin. Cette disposition, qu'on a qualifiée avec raison de platonique, n'est encore qu'une indication pour l'avenir. Avant de la mettre à exécution, il sera nécessaire, s'il s'agit d'un chemin nouveau, de dresser un plan, de déterminer exactement les limites des terrains qui devront être expropriés ou acquis à l'amiable ; alors seulement on pourra prendre la décision prévue par l'article 16 de la loi de 1836. S'il s'agit d'un chemin ancien, avant que la largeur prescrite par le conseil général puisse être donnée au chemin, il sera nécessaire d'indiquer dans quelles conditions, de quel côté du chemin, sur les différents points de son parcours, sera pris l'élargissement ; ce n'est qu'après cette étude préalable, préparée dans des formes spéciales, et sur l'avis des conseils compétents, qu'une nouvelle décision pourra fixer définitivement les limites du chemin et produire les effets juridiques déterminés par l'article 15 de la loi du 21 mai 1836.

Le Conseil d'État a été plusieurs fois saisi de contestations qui n'avaient pas d'autre cause qu'une confusion entre les actes de classement proprement dit, et les décisions autorisant l'exécution des travaux ou fixant les limites des chemins (v. notamment *arr. cons.*, 8 mai 1869, *Lainé;* — 12 Février 1875, *Barge;* — 12 mai 1876, *commune de Pithiviers-le-Viel;* — 3 août 1877, *Gallet*, *Caron et autres*). C'est pourquoi il nous a paru utile d'insister sur le véritable caractère du classement.

Pendant longtemps la jurisprudence a admis, il est vrai, qu'un acte de déclaration ou de reconnaissance de vicinalité rendu à l'égard d'un chemin dont la commune n'était pas propriétaire, mais qui était abandonné à la jouissance du public, pouvait avoir pour résultat de mettre le public en possession légale du chemin, sauf à la commune à indemniser, s'il y avait lieu, le propriétaire. Mais cette jurisprudence n'est plus en vigueur ; nous n'avons pas à y insister en

Digitized by Google

ce moment : nous y reviendrons d'ailleurs en donnant le commentaire de l'article 15 de la loi du 21 mai 1836, quand nous traiterons de l'élargissement des chemins vicinaux.

Quelles sont les formalités préalables au classement d'un chemin vicinal par le conseil général ou par la commission départementale?

La loi n'en impose qu'une seule : l'avis des conseils municipaux intéressés. La nécessité de cet avis est écrite dans l'article 1er de la loi du 28 juillet 1824 pour toutes les natures de chemins vicinaux sans distinction. Les lois postérieures n'ont pas dérogé à cette règle, qui est reproduite par l'article 7 de la loi du 21 mai 1836, au sujet des chemins vicinaux de grande communication, et par l'article 86 de la loi du 10 août 1871, au sujet des chemins vicinaux ordinaires.

Quand il s'agit d'un chemin vicinal de grande communication, l'article 7 de la loi de 1836 et l'article 41 de la loi du 10 mai 1838 exigent en outre l'avis des conseils d'arrondissement. Cette obligation de consulter les conseils d'arrondissements n'existe pas à l'égard des chemins d'intérêt commun.

Le conseil général doit donc, avant de statuer, prendre connaissance de ces avis. Est-il tenu de s'y conformer ?

Sur l'avis du conseil d'arrondissement, aucun doute n'est possible ; les conseils d'arrondissement ne représentent pas des personnes morales, ils ne sont pas, à proprement parler, les interprètes d'un intérêt financier déterminé, et leur avis ne lie par le conseil général. Le conseil général n'est pas tenu davantage de se conformer à l'avis des conseils municipaux. Sans doute la décision du conseil général aura pour conséquence de mettre à la charge des communes l'entretien du chemin nouvellement classé (art. 1er de la loi de 1836). Mais cet entretien est pour les communes une dépense obligatoire, au moins dans les limites de leurs ressources ordinaires et des centimes spéciaux ordinaires affectés aux chemins vicinaux ; la décision du conseil général n'entraînant aucune acquisition de terrains, aucune dépense de la nature de celles qui sont déclarées facultatives par la loi, les communes ne seraient pas fondées à soutenir que leur assentiment est nécessaire pour le classement d'un chemin vicinal (*arr. cons.*, 9 décembre 1845, *commune de Cérences*; — *avis* de la section de l'intérieur du 29 juillet 1870).

Digitized by Google

Une fois muni de l'avis des conseils compétents le conseil général est souverain, et il prononce sans appel sur le classement ou sur le déclassement des chemins.

Il n'existe qu'une exception au principe que le classement des chemins vicinaux est prononcé par le conseil général ou par la commission départementale; elle est écrite dans la loi du 24 mai 1842, aux termes de laquelle les portions de routes nationales, délaissées par suite de changement de tracé ou d'ouverture d'une nouvelle route, peuvent être classées par décret, soit parmi les routes départementales, soit parmi les chemins vicinaux de grande communication ou ordinaires; ce classement ne peut, toutefois, être opéré que sur la demande ou avec l'assentiment des conseils généraux ou des conseils municipaux intéressés (art. 1er de la loi du 24 mai 1842). Les lois de 1866 et de 1871 n'ont apporté aucun changement à cette prescription.

Depuis 1866, les conseils généraux ayant le droit de statuer définitivement sur le déclassement des routes départementales, et sur le classement des chemins vicinaux de grande communication, il en résulte qu'en suivant les formes légales établies pour chacune de ces deux opérations, ils peuvent faire passer successivement dans la classe des chemins vicinaux le réseau entier des routes départementales.

Plusieurs conseils généraux ont opéré cette transformation d'un seul coup, et par voie de mesure générale, sans que l'administration crût devoir s'y opposer.

Ce pouvoir leur a cependant été contesté. On a soutenu qu'il ne pouvait appartenir aux conseils généraux de supprimer dans un département toute une catégorie de voies publiques instituée par la loi elle-même. La loi, dit-on, a établi la hiérarchie des voies de communication d'après les services qu'elles étaient destinées à rendre, elle a voulu que les routes d'utilité départementale fussent entretenues aux frais des départements et non aux frais des communes; le déclassement général des routes départementales apporte un trouble profond, — et dans le budget des communes rurales, forcées de subvenir aux dépenses d'une voie, qui a été faite en dehors de leur intérêt et pour relier deux villes souvent très-éloignées; — et dans le budget des villes qui se voient tout d'un coup chargées d'une dépense inconnue pour elles

Digitized by Google

jusqu'alors; enfin, il a surtout pour effet de troubler la situation des industriels qui se sont établis sur le bord de la route départementale, parce qu'ils avaient la confiance que l'usage de la route serait gratuit, et qui, par suite de la transformation de ces routes en chemins vicinaux, vont être soumis à des subventions onéreuses. Jamais, a-t-on dit, le législateur n'a entendu donner un tel pouvoir aux conseils généraux, et si les termes mêmes de la loi ne s'opposent pas formellement à ce qu'ils déclassent par une mesure générale toutes les routes départementales, l'esprit de la loi y est manifestement contraire, une telle délibération contient un véritable détournement de pouvoir qui doit en entraîner l'annulation. Telle est l'argumentation développée dans un habile article de M. Choppard (*Revue critique* de 1878, p. 145).

Ces considérations fort graves sont la juste critique de la loi, mais elles ne permettent pas cependant d'aller à l'encontre de ses termes formels, qui n'ont fixé aucune limite au pouvoir des conseils généraux en cette matière. Personne ne songerait à contester au conseil général le pouvoir de déclasser isolément une route départementale pour en faire un chemin vicinal de grande communication; et ce qu'il peut faire isolément pour une route, il peut le faire pour toutes les routes du département. Une commune prétendrait en vain qu'on ne peut, malgré elle, lui imposer la dépense du nouveau chemin (*arr. cons.*, 10 novembre 1876, *ville de Bayeux*); un industriel ne serait pas fondé non plus à demander la décharge des subventions spéciales qui lui auraient été imposées par suite de cette transformation (*arr. cons.*, 26 janvier 1877, *Massignon et Dufour*; — 2 mars 1877, *Desmarets, Delahaye et C*e; — 27 avril 1877, *Labruyère et C*e); et si les formalités préalables ont été régulièrement accomplies par le conseil général, sa décision est souveraine.

Ces formalités sont très-simples; nous avons indiqué déjà celles qui doivent précéder le classement des chemins vicinaux de grande communication, ce sont les avis des conseils municipaux et des conseils d'arrondissement. Quant au déclassement des routes départementales, la loi n'a établi aucune forme particulière dans laquelle il doive être prononcé; la loi du 20 mars 1835 a ordonné que le classement

Digitized by Google

d'une route départementale fut précédé d'une enquête, mais cette loi est spéciale au classement des routes départementales et ne paraît pas s'être préoccupée des formes du déclassement (*arr. cons.*, 10 novembre 1876, *ville de Bayeux*). Cependant, si on considérait le déclassement d'une route comme une décision rapportant un classement antérieur, on pourait soutenir que cette décision doit être accompagnée des mêmes formalités que la décision rapportée, et, en se plaçant à ce point de vue, décider que l'enquête préalable est indispensable pour le déclassement des routes départementales. La question a été résolue en ce sens par un avis du Conseil d'État en date du 24 octobre 1878; mais cette doctrine n'est pas hors de toute contestation, et il est permis de regretter qu'un acte de nature à porter une si grave atteinte à tant d'intérêts, ne soit pas formellement entouré, par la loi, d'une procédure dans laquelle les communes et les industriels puissent librement se faire entendre.

Si la législation actuelle permet aux conseils généraux de transformer les routes départementales en chemins vicinaux, elle ne leur permet en aucune façon de créer en leur faveur une situation spéciale en dehors des règles du droit commun applicable aux chemins vicinaux de grande communication; ainsi, le conseil général ne pourrait pas stipuler que les articles 8 et 14 de la loi de 1836 ne seraient pas applicables aux nouveaux chemins. Il ne pourrait pas stipuler davantage que la propriété du sol des chemins resterait au département, au lieu de passer aux communes; de telles dispositions, en créant en quelque sorte une catégorie nouvelle de chemins, avec une situation juridique spéciale et inconnue dans nos lois, constitueraient de véritables violations de la loi.

Pour en finir avec le classement des chemins vicinaux, il est bon de rappeler que les conseils généraux et les commissions départementales n'excèdent pas leurs pouvoirs en refusant de classer un chemin vicinal (*arr. cons.*, 13 novembre 1874, *commune de Chepniers*). Enfin, tant qu'elle n'a pas reçu un commencement d'exécution, la décision du conseil général peut toujours être rapportée; elle constitue, en effet, un acte d'administration pure, et, tant qu'il n'en est pas résulté de droits acquis, l'autorité dont elle émane peut revenir sur sa décision, sans qu'il soit besoin de consulter à

Digitized by Google

nouveau les conseils municipaux intéressés (*arr. cons.*, 13 juin 1873, *commune de Liévin;* — 24 juillet 1874, *Roby*, *Pavillon*).

II

DES DÉCISIONS AUTORISANT LES TRAVAUX D'OUVERTURE ET DE REDRESSEMENT D'UN CHEMIN VICINAL.

Nous abordons l'examen des décisions susceptibles d'entraîner, pour les riverains, la dépossession de leur propriété, et nous commencerons par le procédé qui se rapproche le plus du droit commun, le procédé de l'expropriation, prévu par l'article 16 de la loi du 21 mai 1836.

La règle générale, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, c'est la déclaration préalable de cette utilité par une loi ou par un décret rendu en Conseil d'État[1]. Mais le jour où le législateur a voulu donner une impulsion vigoureuse aux travaux d'amélioration et d'extension de la voirie vicinale, il a pensé que l'intervention obligatoire du pouvoir central occasionnerait des retards fâcheux, et dès 1824, il a autorisé les préfets, en Conseil de préfecture, à prononcer la déclaration d'utilité publique, en matière de voirie vicinale, quand la valeur des terrains à exproprier n'excéderait pas 3,000 francs (art. 10 de la loi du 28 juillet 1824). La limitation du maximum de 3,000 francs et l'obligation de prendre l'arrêté en conseil de préfecture ont disparu en 1836, et la loi du 10 août 1871 (art. 44 et 86) a transféré aux conseils généraux et aux commissions départementales le pouvoir de prononcer la déclaration d'utilité publique.

Par l'effet d'une telle décision, l'expropriation se trouve autorisée et elle n'a plus qu'à suivre son cours normal; la loi de 1836 a introduit, il est vrai, en faveur des chemins vicinaux, des simplifications dans la procédure en organisant un jury restreint spécial; de plus, la loi du 3 mai 1841 (art. 12) a dispensé de l'enquête au chef-lieu d'arrondissement, et l'a remplacée par l'obligation pour le préfet de

[1] Voir dans la *Revue critique* de 1873-1874, p. 87, le travail de M. Aucoc sur *la compétence respective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif en matière d'autorisation de travaux publics.*

Digitized by Google

prendre « en conseil de préfecture » l'arrêté de cessibilité (*arr. cons.* 9 avril 1868, *Millelot*). Mais rien n'est changé au fond des règles du droit commun en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'article 10 de la loi du 18 juillet 1824 indique les formalités dont l'accomplissement doit précéder les décisions prises en vertu de l'article 16 de la loi de 1836. Ces formalités sont l'enquête et l'avis des Conseils municipaux intéressés.

La nécessité de l'enquête n'a pas été rappelée dans les lois de 1836 et de 1871 ; mais il a été décidé que l'article 10 de la loi de 1824 était toujours en vigueur sur ce point et que l'absence d'enquête pouvait motiver l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du conseil général (*arr. cons.*, 20 novembre 1874, *Puichaud*); en effet, si la la loi de 1841 a dispensé les travaux de voirie vicinale de l'enquête au chef-lieu d'arrondissement, on peut en conclure par *a contrario* qu'elle a entendu maintenir l'enquête dans la commune.

Aucune hésitation n'est possible sur la nécessité de l'avis des conseils municipaux, qui est, en effet, rappelée dans les lois de 1836 et de 1871; cet avis doit être donné *préalablement* à la décision du conseil général ou de la commission départementale (*arr. cons.*, 14 novembre 1873, *commune d'Olmeto*).

A la différence de ce qui a lieu en matière de classement, l'ouverture ou le redressement d'un chemin vicinal ordinaire ne peut être ordonné que sur l'avis *conforme* des conseils municipaux; la jurisprudence ne laisse aucun doute à ce sujet. C'est qu'en effet, la création d'une voie nouvelle, la modification du tracé d'un chemin vicinal ordinaire, entraînent pour la commune des dépenses qui ne sauraient être mises à sa charge sans son consentement exprès. Si les articles premiers des lois de 1824 et de 1836 mettent à la charge des communes les chemins vicinaux légalement reconnus, cela ne peut s'entendre que de l'entretien de ces chemins; cet entretien seul constitue la dépense obligatoire dont elles sont tenues, en vertu des articles 2 et 5 de la loi de 1836. Mais l'obligation des communes ne va pas au delà et on ne saurait leur imposer, malgré elles, des acquisitions de terrains et des travaux qui sont la conséquence nécessaire de l'ouverture d'une voie nouvelle.

Digitized by Google

Plusieurs arrêts rendus au contentieux, soit avant, soit après la loi de 1871, établissent fortement cette doctrine. Il est à remarquer seulement qu'avant 1871, la question n'avait pas été tranchée directement; des chemins vicinaux avaient été ouverts ou rectifiés sans l'avis des Conseils municipaux, ou contrairement à leur avis; les travaux avaient été exécutés, et c'était seulement à l'occasion du payement réclamé par les entrepreneurs à la commune que le débat avait été soulevé; la commune, poursuivie, niait son obligation, et le Conseil d'État lui donnait raison (*arr. cons.*, 26 juin 1866, *Champy;* — 19 novembre 1868, *Pernelle;* — 19 décembre 1868, *communes de Sèvres et de Meudon*).

Ce n'est qu'après 1871, que l'annulation a été demandée directement, soit par les communes, soit par les parties intéressées. Le conseil l'a prononcée dans plusieurs décisions très-formelles (*arr. cons.*, 27 juin 1873, *commune de Villers;* — 21 novembre 1873, *commune de Saint-Pierre-les-Étiers;* — 19 mars 1875, *Piron;* — 18 février 1876, *Proullaud*). Ces arrêts décident que « si le pouvoir conféré aux préfets par l'article 16 de le loi du 21 mai 1836 consistait à *autoriser* le redressement et l'ouverture des chemins vicinaux ordinaires, il n'appartenait pas aux préfets, et il n'appartient pas aujourd'hui aux commissions départementales, de prescrire, sans l'assentiment des conseils municipaux, l'ouverture ou le redressement des chemins vicinaux, alors qu'il doit en résulter pour la commune une dépense, qui, d'après les dispositions combinées des articles 1er et 16 de la loi de 1836, et 19, 30 et 45 de la loi de 1837, n'est obligatoire pour les communes qu'autant qu'elle a été votée par les conseils municipaux. » En conséquence, ils ont annulé, pour excès de pouvoir, les décisions par lesquelles les commissions départementales avaient autorisé les travaux.

Cette annulation peut être prononcée sur la demande, soit des communes, soit des parties intéressées. Pour qu'un particulier soit recevable à attaquer la décision de la commission départementale, il ne suffit pas qu'il soit contribuable dans la commune, et, à ce titre, intéressé à ce que celle-ci ne se trouve pas obligée à une dépense nouvelle; la commune seule a qualité pour défendre les intérêts de la collectivité de ses habitants (*arr. cons.*, 5 décembre 1874,

Digitized by Google

commune de Saint-Maurice et sieur *Bouillon Lagrange*); ou du moins faudrait-il que le contribuable agît en vertu de l'article 49 de la loi du 18 juillet 1837, et dans les formes prescrites par cet article. Mais s'il se présente en qualité de propriétaire des terrains à exproprier pour l'ouverture du chemin, l'avis *conforme* du conseil municipal lui constituant dans une certaine mesure une garantie contre l'expropriation, il peut invoquer utilement le défaut de cet avis conforme, et faire annuler, sur sa demande, la décision de la commission départementale (*arr. cons.*, 18 février 1876, *Proullaud*).

Si le conseil municipal a approuvé sans réserve la création ou le redressement du chemin, il n'est pas nécessaire qu'il ait en même temps pourvu à la dépense au moyen d'une ressource spéciale; le conseil municipal ayant accepté la dépense en principe, la condition de l'avis conforme est remplie et la commission départementale ne commet pas un excès de pouvoir en autorisant l'exécution des travaux (*arr. cons.*, 3 août 1877, *Gallet*).

Puisque l'annulation pour excès de pouvoir est fondée sur l'impossibilité d'imposer à la commune une dépense qui n'est pas obligatoire pour elle, si le chemin proposé ne doit pas retomber à la charge de la commune dont il traverse le territoire, si, par exemple, une commune voisine s'est engagée à pourvoir aux dépenses de construction et d'entretien, la commune traversée ne serait pas fondée à se plaindre de ce que le chemin aurait été classé et ouvert contrairement à son avis, et la décision de la commission départementale serait maintenue (*arr. cons.*, 5 décembre 1873, *commune de Saint-Maurice*).

L'assentiment des conseils municipaux cesse d'être nécessaire quand il s'agit des travaux d'ouverture ou de redressement des chemins vicinaux de grande communication ou d'intérêt commun; ces chemins sont d'utilité générale et leur comptabilité est centralisée au chef-lieu du département; sans doute les communes seront appelées à contribuer à la dépense, mais la loi a fixé les limites de cette contribution, et, dans ces limites, la dépense est obligatoire pour les communes.

Remarquons enfin que la loi de 1836 ne peut s'appli-

Digitized by Google

quer qu'à des chemins vicinaux; elle a autorisé, en faveur de ces chemins, des dérogations importantes aux règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique; ces exceptions ne sauraient être étendues, et c'est en vain qu'on voudrait user de la loi de 1836 pour créer des places publiques ou des voies qui rentreraient plutôt dans la voirie vicinale. Sans doute, il peut être délicat de décider si une voie est une rue ou un chemin vicinal, mais c'est une question de fait qu'il y a lieu de trancher dans chaque espèce. (V. *arr. cons.*, 24 juin 1840, *Antoine;* — 27 décembre 1865, *Colson;* — 31 mai 1878, *Touchy*.)

III

DES DÉCISIONS AUTORISANT L'ÉLARGISSEMENT D'UN CHEMIN VICINAL.

Quand il s'agit, non plus d'ouvrir un chemin nouveau, mais seulement de modifier les limites d'un chemin déjà existant et classé comme vicinal ou de l'élargir, la loi ne se contente plus de simplifier la procédure de l'expropriation, elle la supprime : en vertu de l'article 15 de la loi du 21 mai 1836, la décision du conseil général ou de la commission départementale tient lieu à la fois de déclaration d'utilité et de jugement d'expropriation. Par suite de cette décision, toutes les propriétés comprises dans les nouvelles limites du chemin sont, *ipso facto*, incorporées au domaine public ; l'administration peut en prendre possession et le droit des propriétaires se résout en un droit à indemnité.

On voit que le procédé autorisé par l'article 15 est beaucoup plus sommaire que celui de l'article 16; aussi il importe de préciser nettement les circonstances dans lesquelles il peut être employé.

Et d'abord il est bon de rappeler que la loi du 8 juin 1864 a prescrit, en faveur des propriétés bâties, un retour à peu près absolu au droit commun en matière d'expropriation. Quand l'occupation d'un terrain couvert de constructions ou clos de murs est nécessaire pour l'élargissement immédiat d'un chemin vicinal, la déclaration d'utilité publique ne peut être prononcée que par décret, et la loi du 3 mai 1841 redevient applicable dans toutes ses dispositions, sauf en ce qui concerne l'intervention du jury spécial institué par l'arti-

Digitized by Google

cle 16 de la loi de 1836, lequel reste chargé de fixer l'indemnité.

C'est donc uniquement à l'égard des propriétés non bâties qu'il y a lieu de distinguer les cas d'application de l'article 15 et ceux de l'article 16.

L'article 16 parle des travaux *d'ouverture* et de *redressement;* on comprend, sous cette dénomination, la création d'un chemin nouveau au travers des propriétés privées et la modification partielle d'un chemin ancien par voie de changement de tracé. L'article 15 parle seulement de la *reconnaissance* et de la *fixation des limites* du chemin vicinal. La première conclusion à tirer des termes de l'article 15, c'est qu'il ne peut s'appliquer qu'à un chemin déjà existant à l'état de voie publique ; un simple droit d'usage établi en faveur du public ne serait pas suffisant, il faut que le sol même de la voie appartienne à la commune en propriété. Telle est du moins la jurisprudence adoptée aujourd'hui.

Pendant une longue période, de 1813 à 1862, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont admis que si le chemin était, en fait, à la disposition du public, une simple décision administrative pouvait, sans expropriation régulière, en reconnaître, en constater la vicinalité, et en ordonner en même temps l'élargissement ; ainsi l'entendait l'instruction ministérielle adressée aux préfets pour l'exécution de la loi de 1836. Cette interprétation s'accordait avec le sens attribué à la loi du 9 ventôse an XIII par la Cour de cassation ; la Cour avait décidé, en effet, qu'en vertu de la loi de l'an XIII, l'arrêté du préfet attribuait définitivement au chemin le sol compris dans les limites déterminées par cet arrêté, nonobstant toute exception tirée soit de la propriété du sol, soit du règlement de l'indemnité (*arr. cass.*, 7 juin 1836,— 20 août 1838). Mais si cette doctrine pouvait s'accorder avec la législation en vigueur en l'an XIII, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, elle devait paraître en contradiction avec la législation inaugurée en 1810 et confirmée en 1833 et en 1841. La Cour de cassation a été la première à modifier sa jurisprudence (*arr. cass.*, 9 mars 1847); elle a décidé que l'article 15 de la loi de 1836 s'appliquait exclusivement au cas d'élargissement des chemins dont la propriété n'était pas contestée à la commune.

Digitized by Google

Le Conseil d'État qui, pendant longtemps, avait admis aussi la doctrine rappelée en 1836 dans la circulaire du ministre de l'intérieur, est revenu, après une discussion approfondie, sur sa jurisprudence et il s'est rangé en 1862 à l'opinion de la Cour de cassation (*arr. cons.*, 27 février 1862, *Massé;*—9 février 1865, *De la Broue;* — 28 novembre 1873, *commune de Bastennes:* — 19 mars 1875, *Letellier*). La dernière solution paraît du reste s'accorder mieux avec les termes de la loi de 1836 : l'article 15 attribue en effet au chemin le sol des *riverains* de la voie élargie ; on a pensé que le mot de *riverain* impliquait la propriété de la commune sur le sol du chemin. L'argument n'est peut-être pas irréfutable, car il serait facile de considérer comme des riverains les propriétaires voisins d'une voie fréquentée seulement en fait par le public ; — quoi qu'il en soit, la doctrine paraît établie d'une façon définitive et l'application de l'article 15 à un chemin dont la commune ne serait pas propriétaire serait réprimée comme constituant un excès de pouvoir.

A plus forte raison en est-il de même quand il s'agit d'un chemin absolument privé, quant à la propriété et quant à l'usage. Il suffit même que la propriété d'un chemin fasse l'objet d'une contestation sérieuse entre la commune et un particulier, pour que l'article 15 de la loi de 1836 ne puisse pas être appliqué (*arr. cons.*, 27 février 1862, *Massé*).

Quand la commune est propriétaire du chemin, ce n'est pas tout. Il est manifeste que l'article 15 de la loi de 1836 ne peut s'appliquer qu'à un chemin vicinal, c'est-à-dire, à un chemin classé régulièrement comme tel ; il est inapplicable aux chemins ruraux.

Mais une même décision administrative pourrait-elle à la fois classer un chemin rural parmi les chemins vicinaux et en ordonner l'élargissement en vertu de l'article 15 ? Un arrêt du 26 janvier 1870 paraîtrait avoir résolu la question négativement : « Considérant que l'arrêté par lequel le préfet a classé parmi les chemins vicinaux de la commune le chemin rural de.... et a porté de 3 mètres à 10 mètres la largeur du nouveau chemin, ne rentre pas dans les mesures autorisées par l'article 15 de la loi du 21 mai 1836, *qui n'est applicable qu'en cas où il s'agit du simple élargissement d'un chemin vicinal préexistant* » (*arr. cons.*, 26 janvier 1870, *Le-*

Digitized by Google

fébure-Vély). Ces derniers mots qu'on trouve reproduits dans un autre arrêt du 19 mars 1875 (*Letellier*), pourraient laisser croire que le classement et l'élargissement ne peuvent faire l'objet d'une même décision administrative, et qu'un délai quelconque doit s'écouler nécessairement entre l'une et l'autre de ces opérations, puisque le chemin doit, avant l'élargissement, *préexister* à l'état de chemin vicinal. Mais cet intervalle nécessaire ne se trouve nulle part imposé par la loi, et si toutes les formalités préalables soit au classement, soit à l'élargissement, ont été observées, il semble que rien ne s'oppose à ce que les deux mesures soient ordonnées par un seul et même acte.

Aussi les arrêts que nous venons de citer sont-ils basés principalement sur une autre considération, à savoir qu'à raison de l'importance de l'élargissement (de 3 à 10 mètres), la mesure constituait l'ouverture d'un chemin nouveau et ne pouvait être prise qu'après l'accomplissement des formalités de l'article 16. C'est là une jurisprudence particulière, en vertu de laquelle les élargissements seraient traités comme de véritables rectifications du chemin. Il faut reconnaître que les termes mêmes de la loi se prêtent difficilement à cette interprétation, mais comme l'article 15, en supprimant les garanties de l'expropriation, et notamment la règle du payement de l'indemnité préalablement à la dépossession, a pris une mesure contraire au droit commun et en quelque sorte anticonstitutionnelle, il est conforme à l'esprit de la loi d'en restreindre l'application aux cas qu'il paraît avoir plus spécialement prévus (*arr. cons.*, 13 juillet 1877, *commune de Bosbénard-Commin*). Au surplus, cette jurisprudence correspond exactement à celle qui a été adoptée en matière de plans généraux d'alignement, et en vertu de laquelle l'élargissement des rues doit être obtenu par voie d'expropriation et non par l'application des servitudes d'alignement lorsque le préjudice causé au propriétaire riverain serait excessif.

L'article 21 de la loi de 1836 donne au préfet, sous réserve de l'approbation du ministre de l'intérieur, le droit de déterminer, par un règlement, le maximum de la largeur des chemins vicinaux dans son département; plusieurs décisions antérieures à 1871 ont annulé des décisions préfec-

Digitized by Google

torales, en vertu desquelles ce maximum avait été dépassé (*arr. cons.*, 23 décembre 1854, *Jousselin;* — 24 janvier 1861, *Devin;* — 12 août 1868, *de Montailleur*). Depuis que les conseils généraux ont reçu le pouvoir de fixer la largeur des chemins vicinaux, on peut se demander si cette disposition de l'article 21 est toujours en vigueur. La question ne paraît pas s'être présentée depuis la loi de 1871 ; dans tous les cas, cette restriction au pouvoir du conseil général, si tant est qu'elle existe, ne doit pas s'entendre d'une façon trop absolue ; si la largeur maximum fixée par le règlement avait été dépassée sur quelques points seulement du chemin et à raison de difficultés topographiques déterminées, la décision du conseil général ne contiendrait pas d'excès de pouvoir.

Enfin, le conseil général et la commission départementale peuvent comprendre dans les limites des chemins vicinaux, les emplacements nécessaires au dépôt des matériaux d'entretien, car ces emplacements constituent de véritables dépendances de la voie publique (*arr. cons.*, 3 août 1877, *dame Cavelier de Mocomble*).

Les formalités dont l'accomplissement doit précéder les décisions prises en vertu de l'article 15 par les conseils généraux, sont, comme dans le cas de l'article 17, l'enquête et l'avis des conseils municipaux intéressés. Elles sont prescrites par l'article 10 de la loi du 28 juillet 1824 qui, nous l'avons vu déjà, n'a pas cessé sur ce point d'être en vigueur.

Nous avons vu également que les travaux d'ouverture et de redressement d'un chemin vicinal ordinaire ne pouvaient être autorisés que sur l'avis *conforme* des conseils municipaux intéressés. En est-il de même quand il s'agit d'ordonner un simple élargissement en vertu de l'article 15 ?

La question a été tranchée négativement par le Conseil d'État, le 7 août 1874 (arrêt *Pégoix*), dans les termes suivants : « Si la décision n'a pas pour objet d'autoriser des travaux d'ouverture et de redressement d'un chemin vicinal, mais seulement de déterminer l'alignement et de fixer la largeur du chemin, par application des articles 15 de la loi du 21 mai 1836 et 86 de la loi du 10 août 1871, la commission départementale n'excède pas ses pouvoirs en attribuant

Digitized by Google

définitivement au chemin dont s'agit, et *contrairement à l'avis du conseil municipal*, le terrain compris dans les limites fixées par le plan dressé à l'effet de déterminer l'alignement et la largeur dudit chemin. »

Ainsi la règle serait différente suivant qu'on applique l'article 16 ou l'article 15; dans le premier cas, la dépense ne pourrait être imposée malgré elle à la commune; dans le second cas, elle pourrait l'être.

La gravité d'une telle solution est facile à comprendre; elle a été combattue par le ministère de l'intérieur, et elle nous paraît, en effet, difficile à justifier par les termes ou par l'esprit de la législation.

Qu'il nous soit permis d'abord de faire deux remarques : — la première, c'est que, au regard de la commune, les conséquences de la solution seront les mêmes dans le cas de l'article 15 et dans celui de l'article 16; dans les deux espèces, la commune aura des terrains à payer. Peut-être même son obligation sera-t-elle plus soudaine dans le cas de l'article 15, car, par le seul fait de la décision de la commission départementale, et sans qu'il soit besoin d'aucun jugement d'expropriation, la mutation de propriété étant accomplie, la commune sera devenue en même temps propriétaire du sol et débitrice du prix. L'intérêt financier de la commune est donc engagé au premier chef, de telle sorte que la question pourrait se réduire dans les termes suivants : « La dépense d'élargissement d'un chemin vicinal ordinaire peut-elle constituer ou non une dépense obligatoire pour la commune ? » — En second lieu, il est bon de rappeler que, si les dépenses d'ouverture ou de redressement d'un chemin vicinal sont ordinairement plus considérables, un simple élargissement peut, à lui seul, être fort onéreux pour une commune : il peut, soit par l'étendue de la bande de terrain incorporée à la voie publique, soit par la valeur du sol, constituer une dépense sérieuse, et tel élargissement d'un chemin vicinal peut grever plus lourdement le budget d'une commune qu'un redressement souvent sans importance ; il convient donc d'écarter l'argument qu'on puiserait dans la moins grande valeur des travaux à exécuter.

Ceci posé, voyons si les motifs par lesquels on a établi la nécessité de l'avis conforme dans le cas de l'article 16 ne se

Digitized by Google

retrouvent pas avec la même force quand il s'agit d'appliquer l'article 15.

La jurisprudence a reconnu, dans les décisions citées plus haut, que les articles 15, 30 et 45 de la loi du 18 juillet 1837 ne mettaient pas au nombre des dépenses obligatoires des communes les travaux entraînant des acquisitions ou des échanges de terrains sur lesquels, aux termes de l'article 19, les conseils municipaux sont appelés à délibérer. Aux termes de l'article 20, les délibérations prises en cette matière par les conseils municipaux sont exécutoires sur approbation du préfet ou du ministre; mais ces dispositions, qui parlent seulement d'une approbation, ne laissent aucune place au droit pour l'administration centrale d'agir spontanément et de suppléer à la délibération du conseil municipal.

Il en est de même des travaux de construction ou de reconstruction (art. 45 de la loi du 18 juillet 1837). Enfin l'article 30, qui énumère les dépenses obligatoires des communes, ne cite ni les dépenses d'élargissement, ni celles d'ouverture des chemins vicinaux. Jusqu'ici, la situation est donc identique dans les deux hypothèses; l'élargissement aussi bien que l'ouverture du chemin exige des acquisitions de terrains, et la législation générale sur les communes n'autorise pas l'administration à leur imposer des acquisitions de terrains.

Voyons si cette contrainte est autorisée par les lois spéciales aux chemins vicinaux. Les décisions rapportées plus haut et relatives aux travaux d'ouverture des chemins vicinaux s'appuyaient sur les termes mêmes de l'article 16. En effet, l'article 16 déclare que les travaux d'ouverture et de redressement seront *autorisés* par le préfet, et on a conclu avec raison du mot « autorisé » que le préfet ne pouvait se passer du consentement du conseil municipal pour ordonner l'ouverture du redressement d'un chemin vicinal.

De ce que le mot « autoriser » ne se trouve pas reproduit dans l'article 15, faut-il conclure que l'élargissement d'un chemin vicinal peut être ordonné malgré le refus de la commune? Ainsi a fait l'arrêt *Pégoix;* mais il nous paraît qu'il a attribué à une simple différence de rédaction des conséquences qu'elle ne comporte pas.

Digitized by Google

Le but des articles 15 et 16 de la loi de 1836 n'était pas de régler les pouvoirs de l'administration centrale vis-à-vis des communes, mais de fixer au point de vue de la propriété privée les effets juridiques des actes concernant les chemins vicinaux; la loi de 1836 innovait, elle créait une dérogation au droit commun en matière d'expropriation et constituait un droit nouveau, c'est ce droit qu'elle avait en vue de régler. Quant aux rapports de l'administration centrale avec les communes, les articles 15 et 16 n'y ont apporté aucune modification, et c'est à l'article 10 de la loi du 28 juillet 1824 qu'il faut se reporter pour trouver les principes de la matière.

L'article 10 de cette loi s'exprime ainsi : « Les *acquisitions, aliénations et échanges* ayant pour objet des chemins communaux, seront *autorisés* par arrêtés des préfets en conseil de préfecture, après délibération des conseils municipaux intéressés.....; seront *autorisés* dans les mêmes formes les travaux *d'ouverture et de redressement*, etc., quand la dépense n'excédera pas 3,000 francs. »

Depuis 1824, on a opéré des déplacements dans les pouvoirs des préfets ou de l'administration centrale, mais le fond du droit est resté le même. Le maximum de 3,000 francs a été supprimé par le décret du 25 mars 1852 (tabl. A, n° 41) pour l'autorisation des acquisitions et échanges, et par la loi de 1836 pour la déclaration d'utilité publique; quant à l'article 15, sa lecture suffit pour montrer qu'on ne s'y est pas préoccupé des pouvoirs de l'administration centrale à l'égard des communes. Si cet article ne contient pas, comme l'article 16, le mot « autoriser, » l'article 10 de la loi de 1824, qui règle la matière, est conçu dans des termes identiques pour le cas d'ouverture et pour celui d'élargissement des chemins vicinaux; dans les deux hypothèses, il parle d'une *autorisation* à donner par le préfet; n'est-on pas en droit d'en conclure que *l'avis conforme* des conseils municipaux est indispensable, et que les communes ont seules l'initiative de l'élargissement, aussi bien que de l'ouverture des chemins vicinaux ordinaires?

Tels sont les motifs pour lesquels la doctrine de l'arrêt *Pégoix* nous paraît s'écarter à la fois des règles spéciales sur les chemins vicinaux et du droit commun en matière d'ad-

Digitized by Google

ministration communale[1]. On peut remarquer, d'ailleurs, dans les arrêts *Champy* (26 juin 1866), et *commune de Sèvres* (19 décembre 1868), rendus sur l'application de l'article 16, que leurs considérants mettent sur la même ligne *l'élargissement* et *la rectification* des chemins vicinaux. Au surplus, l'arrêt *Pégoix* est isolé. Une affaire s'est présentée depuis dans des circonstances semblables : une commission départementale avait classé un chemin comme vicinal, et porté sa largeur à cinq mètres, en vertu de l'article 15 de la loi de 1836; la commune s'est pourvue devant le Conseil d'État et s'est plainte que l'élargissement du chemin ait été ordonné contrairement à son avis; c'eût été le cas d'appliquer la jurisprudence de l'arrêt *Pégoix;* le Conseil d'État ne l'a pas fait. Il a admis la requête par un autre motif; il a déclaré que l'élargissement ordonné devait, à raison de son importance, être considéré comme une ouverture de chemin nouveau, et ne pouvait être exécuté qu'après l'accomplissement des formalités de l'article 16, et, par suite, avec l'assentiment du conseil municipal (*arr. cons.*, 13 juillet 1877, *commune de Bosbénard-Commin*).

De même que les communes ne peuvent pas s'opposer à l'ouverture des chemins vicinaux d'intérêt commun ou de grande communication, il faut décider, par les mêmes motifs, que l'élargissement de ces chemins peut être ordonné, malgré l'avis contraire des conseils municipaux.

IV

DES DÉCISIONS PORTANT INTERPRÉTATION D'UNE DÉCISION ANTÉRIEURE.

Nous en avons fini avec les décisions par lesquelles les conseils généraux ou les commissions départementales déterminent, par voie de mesure générale et dans un intérêt administratif, l'assiette et les limites des chemins vicinaux; mais l'application de leurs décisions peut soulever, soit devant l'autorité judiciaire, soit devant les tribunaux admi-

[1] Voir Guillaume, *Traité de la voirie vicinale*, n° 21. — V. aussi *arr. cons.*, 5 juin 1862, *Reugade*, et les conclusions de M. Aucoc, commissaire du gouvernement, sur l'arrêt *Poncelet* du 31 mars 1865.

Digitized by Google

nistratifs, des difficultés qu'ils sont appelés à résoudre, au moins préjudiciellement.

Des procès peuvent naître sur des questions de propriété, entre les communes et les propriétaires riverains des chemins vicinaux, et la solution peut dépendre du sens à attribuer à une décision ordonnant le classement, l'ouverture ou l'élargissement d'un chemin. Si le tribunal saisi du procès a des doutes sur la portée de cette décision, son devoir est de surseoir à statuer, jusqu'à ce que l'interprétation en ait été donnée par l'autorité compétente.

D'autre part, quand un conseil de préfecture est saisi, en vertu de la loi du 9 ventôse an XIII, d'une contravention pour usurpation sur un chemin vicinal, la contravention peut dépendre du sens à attribuer au classement ou à la délimitation du chemin, et ici encore, il peut y avoir lieu à surseoir, en attendant l'interprétation de la décision par l'autorité compétente (*arr. cons.*, 9 mars 1877, *Pelet de Lautrec;* — 27 avril 1877, *Delorme*).

L'autorité compétente, c'est le conseil général ou la commission départementale, en vertu du principe que l'interprétation contentieuse d'un acte administratif, doit être donnée par l'autorité qui l'a rendu. La circonstance que la décision à interpréter serait antérieure à la loi du 10 août 1871, ne fait pas obstacle à ce que son interprétation soit donnée par l'assemblée départementale ; celle-ci a hérité, en effet, de tous les pouvoirs du préfet en la matière, elle est le continuateur de son autorité, et remplace ce fonctionnaire aussi bien pour le passé que pour l'avenir (*arr. cons.*, 21 novembre 1873, *Beaudoin;* — 9 mars 1878, *Brescon*).

Cette attribution du conseil général et de la commission départementale diffère des précédentes en ce qu'elle est d'une nature purement contentieuse; c'est un office de juge, et c'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour bien déterminer dans quel esprit doit être donnée l'interprétation demandée.

Le conseil général doit déclarer quel est le sens et la portée de la décision qui lui est soumise, mais, si cette décision est incomplète, il ne peut pas suppléer à ce qui lui manque et faire ce qu'elle n'a pas entendu faire. Ainsi il est arrivé fréquemment qu'un tribunal, saisi d'une contestation entre

Digitized by Google

une commune et un particulier sur la propriété d'une étroite bande de terre longeant un chemin vicinal, à demandé l'interprétation préjudicielle d'un arrêté de classement du chemin vicinal. S'il n'a été dressé aucun plan parcellaire, si cet arrêté n'est autre chose qu'un arrêté de classement ou de reconnaissance rendu en vertu de l'article 1er de la loi de 1824, lors même qu'il aurait fixé, d'une manière générale, la largeur du chemin, il sera d'un secours médiocre pour éclairer la conscience du tribunal, car il n'avait pas pour but de déterminer les limites du chemin. Dans ce cas, l'autorité chargée d'interpréter l'arrêté de classement, ne peut pas suppléer au défaut de cet arrêté, son devoir est de déclarer que les limites du chemin n'ont jamais été déterminées et le juge de la question de propriété devra chercher d'autres éléments d'appréciation (*arr. cons.*, 25 mai 1870, *Faussabry ;* — 12 mai 1876, *commune de Pithiviers-le-Vieil*).

Il est des cas néanmoins où un simple arrêté de classsement peut avoir une influence décisive sur le jugement du tribunal ; s'il ne s'agit plus seulement d'un terrain en bordure, mais de la propriété de la voie dans toute sa largeur, une déclaration ancienne de la vicinalité du chemin peut avoir des conséquences capitales, au point de vue de la prescriptibilité du sol et, par suite, au point de vue de la propriété. En ce cas, le conseil général doit examiner la partie de l'acte soumis à son interprétation et déclarer s'il a pu avoir pour effet de faire entrer le chemin litigieux dans la classe des chemins vicinaux.

Quand l'acte est postérieur à 1836, il est rare que son interprétation soulève de graves difficultés, car depuis 1836, la qualification de « vicinal » a un sens parfaitement précis et n'est employée qu'à bon escient par l'administration ; mais lorsqu'il remonte à la période antérieure, où le sens juridique du mot n'était pas absolument arrêté, certaines hésitations sont possibles. Le mot « vicinal » se trouve dans la loi du 9 ventôse an XIII, mais il n'est pas prononcé dans celle du 28 juillet 1824 ; cette loi parle seulement des chemins « reconnus pour être nécessaires à la communication des communes, » de chemins « communaux », et cependant il est bien certain qu'elle avait pour unique objet les chemins vicinaux tels qu'on les comprend aujourd'hui. On a

Digitized by Google

soutenu que des actes de classement compris entre 1824 et 1836, qualifiant les chemins de « communaux », n'avaient pas eu pour effet de les faire entrer dans la classe des chemins vicinaux, et que ces chemins n'étaient autres que des chemins ruraux. Il est de fait que, dans beaucoup de départements, les maires ont dressé un état des chemins ruraux de leur commune; chacun de ces chemins a reçu un numéro d'ordre et ces états ont été approuvés par les préfets ; les tableaux ainsi dressés doivent être l'objet d'un examen attentif de la part des commissions départementales saisies d'une demande en interprétation. Elles ne doivent pas s'attacher trop strictement aux termes employés dans l'arrêté du préfet ; il y a lieu surtout d'examiner les faits ; l'affectation constante à ces chemins des prestations en nature ou des autres ressources spéciales réservées aux chemins vicinaux sera l'indice le plus sûr de la nature des chemins (*arr. cons.*, 23 juillet 1868, *commune de Courcelles-sur-Aire;* V. aussi les conclusions de M. Aucoc, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Soupault* du 19 mars 1868). Quand l'acte est antérieur à 1824, les mêmes hésitations peuvent se produire ; la loi du 9 ventôse an XIII parle, il est vrai, de chemins « vicinaux » ; mais la distinction entre les chemins vicinaux et les chemins ruraux était encore à faire à cette époque. Sous le nom de chemins vicinaux, la loi de l'an XIII comprenait tous les chemins de campagne, tout ce qui n'était pas route, et tel chemin qualifié vicinal avant 1824, pourrait ne pas être considéré comme tel aujourd'hui, s'il n'avait pas été l'objet d'un classement ultérieur.

Si le chemin litigieux n'a été l'objet d'aucune décision de classement, s'il ne se trouve pas sur le tableau des chemins vicinaux de la commune, peut-il y avoir lieu, de la part du tribunal, à un renvoi préjudiciel devant l'autorité administrative pour faire décider si le chemin est vicinal ou même seulement public ?

La question paraît avoir soulevé des doutes. On voit dans un arrêt de cassation (26 août 1825, *Martin*), que le tribunal, saisi d'une contravention commise sur un chemin, ne peut statuer sur la question de savoir si le chemin est public ou privé. Dans le même sens, on lit dans les conclusions de M. Robert, commissaire du gouvernement au Conseil d'État

Digitized by Google

dans les affaires *Grellier* (3 juillet 1861) et *commune de Ranville-Breuillaud* (28 mars 1862), que la déclaration de la vicinalité *préexistante* du chemin est possible, qu'elle aura cette conséquence que le sol du chemin aura été imprescriptible et que sa possession n'en aura pu rendre les particuliers propriétaires; enfin, que c'est à l'administration seule qu'il appartient de faire cette déclaration : ainsi, l'administration aurait le droit, en l'absence de tout classement antérieur, de déclarer la vicinalité d'un chemin tant pour le passé que pour l'avenir. Une telle faculté nous paraît dépasser son pouvoir. Le droit incontestable de l'autorité administrative, c'est de déclarer quels sont les besoins de la circulation publique, par suite, de créer pour l'avenir des chemins nouveaux ou d'élargir des chemins anciens; son droit, c'est encore de donner, quand elle lui est demandée, l'interprétation de ses décisions antérieures; mais là s'arrête son pouvoir. En l'absence de tout acte administratif à interpréter, qu'est-ce, au fond, que déclarer la vicinalité préexistante ou la publicité d'un chemin? C'est résoudre une question de propriété entre une commune et un particulier; sans doute, la commune y est intéressée pécuniairement, mais l'administration supérieure, en tant que représentant la puissance publique, n'a pas à entrer dans le litige; si le chemin est nécessaire, elle pourra toujours, en suivant les formes légales, prendre possession du terrain, tous droits privés restant réservés. Donner plus à l'administration serait en quelque sorte lui reconnaître le droit de déclarer en faveur des communes l'existence d'une prescription *longi temporis*, et ce droit ne peut appartenir qu'aux tribunaux (*arr. cons.*, 26 janvier 1854, *Canelle;* — 27 novembre 1856, *Massot;* — 28 mars 1862, *comm. de Ranville-Breuillaud*).

Les mêmes principes doivent conduire à la même solution quand il ne s'agit plus de décider sur la publicité ancienne du chemin dans son entier, mais seulement sur « les limites anciennes » d'un chemin vicinal. Il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de trancher les différends qui peuvent s'élever entre les communes et les particuliers, sur la fixation des limites d'un chemin, tant que ce chemin n'a pas fait l'objet d'une délimitation régulièrement effectuée en vertu de la législation sur les chemins vicinaux, et il n'y a pas lieu pour

Digitized by Google

le tribunal de demander préjudiciellement au conseil général la détermination de ces limites. Il est vrai que la loi du 9 ventôse an XIII, dans son article 6, charge l'administration publique « de faire rechercher et reconnaître les anciennes limites des chemins vicinaux et de fixer, d'après cette reconnaissance, leur largeur » ; mais, si on relit attentivement la circulaire envoyée par le ministre de l'intérieur le 7 prairial an XIII pour l'exécution de la loi de ventôse, on acquiert la conviction que cette loi n'a rien voulu enlever à la compétence ordinaire des tribunaux civils. L'article 6 de la loi de l'an XIII contenait deux choses : une mesure d'administration et une disposition législative; la disposition législative, c'était le droit accordé à l'administration d'ordonner l'élargissement des chemins jusqu'à concurence de six mètres; la mesure d'administration, c'était la recommandation faite aux préfets de rechercher les anciennes limites des chemins de campagne et de faire cesser les usurpations anciennes. Une sorte de procédure contradictoire était organisée à cet effet; mais les difficultés sérieuses sur la propriété restaient dans la compétence des tribunaux ; on espérait seulement, et avec raison, que bien des riverains ne contesteraient pas l'abornement nouveau, que les communes auraient ainsi le bénéfice de la possession, et qu'une sorte de présomption se trouverait établie en leur faveur. Telle est la véritable portée de la loi de l'an XIII, et il est impossible d'en faire ressortir aujourd'hui pour les conseils généraux le droit de déterminer contentieusement à l'occasion d'un procès les limites anciennes d'un chemin vicinal, alors que ce chemin n'a fait l'objet d'aucune délimitation régulière dans les formes prescrites par la législation spéciale des chemins vicinaux.

V

DES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DES CONSEILS GÉNÉRAUX ET DES COMMISSIONS DÉPARTEMENTALES.

Aux termes de la loi du 10 août 1871 (art. 46), le conseil général statue définitivement sur le classement, la direction et le déclassement des chemins vicinaux de grande com-

Digitized by Google

munication et d'intérêt commun; il est juge souverain de l'opportunité des mesures qu'il prend en cette matière, et aucun autre recours n'est ouvert contre ses décisions que le recours pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de la loi ou d'un règlement d'administration publique (art. 47).

Quoique la loi ne s'en exprime pas formellement, il en est de même des décisions prises par le conseil général pour autoriser les travaux d'ouverture, de redressement ou d'élargissement des chemins vicinaux (art. 44).

Mais le défaut d'avis des conseils intéressés, le défaut d'enquête ou d'avis conforme des conseils municipaux, dans les cas où ces formalités préalables sont exigées par la loi, sont des motifs d'annulation.

Le recours peut être formé, soit par les communes ou par les parties intéressées, soit par le préfet.

Dans le premier cas, il est porté devant le Conseil d'État statuant au contentieux, en vertu des principes généraux écrits dans les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872; dans le second cas, l'article 47 de la loi de 1871 décide qu'il est statué sur le recours du préfet par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire par un décret rendu, le Conseil d'État entendu, dans la forme administrative. Il résulte de là qu'une même décision peut être déférée en même temps par le préfet devant le Conseil d'État statuant en assemblée générale, et par une partie privée devant le Conseil d'État statuant au contentieux.

La loi du 10 août 1871 a fait exactement le partage des attributions entre le conseil général et la commission départementale; à celle-ci seule appartient le droit de statuer, au moins en premier ressort, sur les chemins vicinaux ordinaires, et le conseil général qui prononcerait en premier ressort, sur le classement d'un chemin vicinal ordinaire, excéderait ses pouvoirs (*arr. cons.*, 28 juillet 1876, *commune de Giry*).

La commission départementale n'a pas la même souveraineté que le conseil général; l'article 88 de la loi du 10 août 1871 a organisé deux recours contre les décisions de la commission départementale : 1° un recours devant le conseil général pour cause d'inopportunité ou de fausse appréciation

Digitized by Google

des faits; 2° un recours devant le Conseil d'État statuant au contentieux, pour cause d'excès de pouvoir ou de violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique.

Cet article soulève plusieurs difficultés. En établissant deux juridictions distinctes, suivant la nature du moyen invoqué par l'auteur du recours, l'article 88 a-t-il voulu renfermer dans des limites absolues la compétence de chacune de ces deux juridictions?

D'une part, il est certain que le Conseil d'État, statuant au contentieux, se considère comme lié par les termes de l'article 88, et il se refuse constamment à examiner les recours formés devant lui quand ils sont basés seulement sur l'inopportunité de la décision de la commission départementale (*arr. cons.*, 5 janvier 1877, *Camou*). Mais, de son côté, le conseil général ne peut-il annuler la décision de la commission départementale que pour cause d'inopportunité ou de fausse appréciation des faits, et lui serait-il interdit de l'annuler pour des motifs tirés de l'excès de pouvoir ou de la violation de la loi? A ne considérer que les termes de l'article 88, on pourrait penser que le conseil général ne doit pas plus examiner une question d'excès de pouvoir que le Conseil d'État ne doit examiner une question d'opportunité, et cette doctrine semble ressortir d'une décision du Conseil d'État du 1er juin 1877 (*Bergeron de Charon*). La solution n'est pas sans avoir un intérêt pratique, car le délai pour attaquer devant le Conseil d'État au contentieux une décision de la commission départementale n'est que de deux mois, et si l'auteur du recours a porté à tort sa réclamation devant le conseil général, il aura perdu un temps précieux et pourra encourir la déchéance devant le Conseil d'État.

Malgré l'apparence contraire de la décision que nous venons de rapporter, il paraît difficile de penser que le conseil général, statuant en appel sur la décision de la commission départementale, ne puisse pas examiner indistinctement tous les moyens présentés. Le conseil général exerce en cette matière, sur la commission départementale, des pouvoirs analogues à ceux qu'exerçait auparavant le ministre de l'intérieur sur les préfets; le ministre pouvait modifier la décision du préfet pour toute espèce de motifs; on doit attribuer au conseil général la même faculté. L'article 88 se sert des

Digitized by Google

mots « frappés d'appel devant le conseil général », il est de principe que le tribunal d'*appel* peut examiner dans toutes ses dispositions et à tous les points de vue le jugement qui lui est déféré; il lui substitue son propre arrêt. Il faut donc décider que l'intéressé peut déférer au conseil général, même pour excès de pouvoir, la décision de la commission départementale et que le conseil général sera compétent pour statuer. L'intéressé aura en outre un délai de trois mois pour déférer au Conseil d'État la décision du conseil général; et le Conseil d'État, s'il annulle la décision du conseil général se trouvera annuler par suite celle de la commission départementale, sans qu'elle lui ait été déférée directement, et lors même que le délai pour l'attaquer serait expiré implicitement. Cette doctrine a été admise dans l'arrêt du 13 juillet 1877 (*commune de Bosbénard-Commin*).

L'article 88 de la loi de 1871 porte que le conseil général « statuera définitivement dans sa plus prochaine session » sur l'appel porté devant lui contre les décisions de la commission départementale. Cette prescription ne doit pas s'entendre dans un sens trop absolu; ainsi il a été jugé que le conseil général peut ajourner sa décision à une session ultérieure, jusqu'à plus ample informé (*arr. cons.*, 17 janvier 1879, *Ganivot*).

La loi n'a pas expressément organisé à l'égard des décisions des commissions départementales le recours administratif ouvert par l'article 47 de la loi de 1871 contre les décisions du conseil général; malgré le silence de la loi, il est permis de penser que l'article 47 pourrait s'appliquer, par analogie, au moins dans le cas où la commission statue par délégation, au lieu et place du conseil général.

Enfin, la décision de la commission peut être annulée en vertu de l'article 33 de la loi de 1871 qui prévoit le cas où les conseils généraux statueraient sur des objets étrangers à leurs attributions.

Le double recours spécialement organisé par l'article 88 s'applique uniquement aux décisions rendues par les commissions départementales en vertu des articles 86 et 87 sur les chemins vicinaux ordinaires; ces recours constituent une dérogation au droit commun, et on ne saurait en aucune façon les admettre en d'autres matières. Si le conseil

Digitized by Google

général a délégué à la commission départementale le soin de statuer sur un chemin d'intérêt commun ou de grande communication, la décision prise en vertu de cette délégation par la commission départementale n'est pas susceptible d'être déférée au conseil général pour cause d'inopportunité ou de fausse appréciation des faits (*arr. cons.*, 4 février 1876, *dame de Vésins*). Pour la même raison il faut penser que le pourvoi formé devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir contre une telle décision serait recevable, non-seulement pendant le délai de deux mois établi par l'article 88, mais pendant le délai de trois mois, suivant les règles du droit commun en matière de recours au Conseil d'État.

Les décisions par lesquelles les conseils généraux et les commissions départementales donnent, à l'occasion d'un litige, l'interprétation d'une décision antérieure, sont également susceptibles d'être déférées au Conseil d'État statuant au contentieux; mais ce recours est d'une nature particulière. Ce n'est pas un recours pour excès de pouvoirs, car la commission départementale et le conseil général sont compétents pour donner cette interprétation, que la loi n'a entourée d'ailleurs d'aucune formalité spéciale. Mais, en rendant sa décision, l'assemblée départementale a fait en quelque sorte acte de juge; sa décision a pu avoir pour effet de reconnaître à une commune les droits qu'elle peut faire valoir devant le tribunal civil pour combattre la prétention des propriétaires riverains du chemin. Aussi avant la loi de 1871, on décidait que l'arrêté interprétatif, rendu par le préfet et approuvé par le ministre, pouvait être déféré au Conseil d'État par la voie contentieuse (*arr. cons.*, 31 mars 1864, *Crestin;* 28 mars 1862, *comm. de Ranville-Breuillaud*). Aucun doute n'était possible sur l'ordre des recours ouverts contre la décision du préfet; le recours était porté devant le ministre supérieur hiérarchique du préfet, puis au Conseil d'État. Aujourd'hui, le conseil général, pas plus que le ministre, n'est le supérieur hiérarchique de la commission départementale, et ce n'est pas le lieu de former aucun des deux recours organisés par l'article 88 de la loi de 1871; la matière est purement contentieuse; et le Conseil d'État reste seul juge d'appel des interprétations données par les commissions départementales ou par les conseils généraux.

Digitized by Google

De ce que le recours est contentieux, il faut conclure encore que le Conseil d'État ne doit pas se borner à annuler la décision qui lui est déférée; il doit lui substituer sa propre décision comme dans les affaires contentieuses ordinaires; en outre, la partie qui succombe supporte les dépens complets, elle ne jouit pas de la dispense de frais accordée par l'article 88 de la loi de 1871 en cas de recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi. JEAN SAUZEY.

RAPPORT

PRÉSENTÉ AU TRIBUNAL DES CONFLITS

Par M. AUCOC,
Président de section au Conseil d'État, membre du Tribunal,

sur la proposition de loi de M. ROGER-MARVAISE *et de plusieurs de ses collègues relative à la procédure à suivre par les particuliers pour saisir le Tribunal des conflits des questions de compétence administrative et judiciaire*[1].

Messieurs,

La Chambre des députés a été saisie, le 15 décembre 1877, par M. Roger-Marvaise et plusieurs de ses collègues, d'une proposition de loi *relative à la procédure à suivre par les particuliers pour saisir le Tribunal des conflits des questions de compétence administrative et judiciaire.* Cette proposition, adoptée par la commission qui avait été chargée de l'examiner, avec un amendement ou plutôt une disposition additionnelle présentée par l'un des auteurs de la proposition de loi, était à l'ordre du jour de la Chambre, lorsque M. le garde des sceaux, appelé à la discuter, a pensé qu'il était utile que le Tribunal des conflits fût chargé de l'examiner. Il a obtenu, dans ce but, l'ajournement de la discussion et a transmis à M. le vice-président du Tribunal la proposition de loi et le rapport de la commission, en demandant que le Tribunal lui adressât, dans le plus bref délai possible, ses observations.

[1] Ce rapport a été adopté, à l'unanimité, par le Tribunal.

Digitized by Google

La proposition de loi de M. Roger-Marvaise et de plusieurs de ses collègues avait déjà, dans ses éléments essentiels, été présentée par l'un de ses auteurs à l'Assemblée nationale en 1872, sous la forme d'un amendement à la loi du 24 mai 1872, qui a réorganisé le Conseil d'État et institué le Tribunal des conflits. A cette époque (séance du 4 mai), elle avait été écartée. Mais, bien que certaines objections aient été faites contre le principe de l'amendement, la commission qui le repoussait avait été principalement déterminée par la raison qu'il ne convenait pas de discuter cette question à l'occasion d'une loi qui se bornait à instituer le Tribunal des conflits, sans régler à nouveau cette matière et sans modifier la procédure établie.

La proposition a été reproduite devant la Chambre des députés le 25 janvier 1877, avec des développements nouveaux. Elle se composait de six articles, dont le premier posait le principe et dont les autres organisaient la procédure à suivre. Elle avait été adoptée par la commission chargée de l'examiner, avec plusieurs additions contenues dans deux articles complémentaires (rapport déposé le 12 mai 1877).

Soumise à la nouvelle Chambre des députés, dans les termes où elle avait été adoptée par cette commission, elle a été adoptée par une nouvelle commission qui a encore introduit dans l'article 8 une disposition additionnelle.

Dans son dernier état, la proposition de loi est ainsi conçue :

Art. 1er. — Lorsque, devant un tribunal de l'ordre judiciaire et en matière civile, il sera soutenu que la contestation, ou une question préjudicielle, est de la compétence de l'autorité administrative, et réciproquement, lorsque, devant la juridiction administrative, il sera soutenu que la contestation, ou une question préjudicielle, est de la compétence de la juridiction ordinaire, les parties pourront, après une décision rendue sur la compétence, et susceptible de recours ou d'appel, se pourvoir directement devant le Tribunal des conflits pour faire régler la compétence.

Le même droit appartiendra aux parties intéressées lorsque l'autorité judiciaire ou administrative se sera déclarée d'office incompétente.

Art. 2. — Le pourvoi aura lieu, au plus tard, dans le mois de la notification de la décision sur la compétence, par déclaration au

Digitized by Google

greffe du tribunal ou de la Cour d'appel, ou au secrétariat de la juridiction administrative qui aura rendu la décision. Il sera notifié dans la quinzaine au domicile réel ou élu, ou à la personne des parties en cause ou à leurs avoués, le tout à peine de nullité.

En cas de pourvoi par déclaration au greffe, il en sera immédiatement donné avis par le greffier au ministère public et par le ministère public au préfet.

Art. 3. — A l'expiration du délai de quinzaine, prévu par l'article précédent, les parties auront un nouveau délai de quinze jours pour remettre au greffe ou au secrétariat leurs observations sur la question de compétence, avec tous les documents à l'appui.

Art. 4. — Le nouveau délai expiré, le greffier ou le secrétaire remettra, dans la huitaine, au procureur de la République ou au préfet, une expédition authentique de la déclaration de pourvoi et de la décision attaquée, avec tous les documents produits par les parties. Toutes ces pièces seront adressées immédiatement au Ministre de la justice, et la date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné. Dans les vingt-quatre heures de la réception de ces pièces, le Ministre de la justice les transmettra au secrétariat du Tribunal des conflits, et il en donnera avis au magistrat qui les aura transmises.

Art. 5. — Le pourvoi devant le Tribunal des conflits ne sera suspensif qu'autant qu'il sera dirigé contre une décision rendue en première instance par un tribunal civil.

Art. 6. — La partie qui succombera dans son pourvoi, pourra être condamnée par la juridiction compétente sur le fond à des dommages-intérêts envers les autres parties.

Art. 7. — Un règlement d'administration publique déterminera le montant des droits qui seront alloués aux greffiers pour l'accomplissement des formalités prévues par la présente loi.

Art. 8. — Il n'est rien innové aux autres dispositions contenues dans les lois, ordonnances et décrets qui régissent le Tribunal des conflits.

Toutefois, le conflit d'attributions ne pourra plus être élevé lorsqu'il sera intervenu, sur la question de compétence, une décision judiciaire passée en force de chose jugée.

Le Tribunal aperçoit que les dispositions importantes du projet sont celles que contiennent l'article 1er et le § 2 de l'article 8. Les articles 2 à 7 sont la mise en œuvre du système établi dans l'article 1er.

En ce qui concerne les conflits positifs d'attributions que la législation actuelle autorise les préfets à élever devant

Digitized by Google

l'autorité judiciaire pour revendiquer les affaires qui leur paraîtraient rentrer dans la compétence de la juridiction ou de l'autorité administrative, une seule innovation est proposée dans le deuxième paragraphe de l'article 8, et elle n'était pas comprise dans le projet présenté le 15 décembre 1877.

Les préfets ne pourraient plus élever le conflit lorsque la question de compétence aurait été tranchée par une décision judiciaire ayant l'autorité de la chose jugée, alors même que le fond du litige ne serait pas encore jugé. Tout le surplus de la législation serait maintenu.

Mais la proposition de loi, dans son article 1er, tend à introduire une innovation bien autrement grave. Elle donne aux particuliers le droit de saisir le Tribunal des conflits, par cela seul qu'un tribunal judiciaire ou administratif se sera déclaré compétent ou incompétent pour connaître d'une question que l'une des parties prétendrait devoir être jugée par une juridiction d'un autre ordre.

Dans ce système, on donne aux parties le droit d'élever le conflit positif devant la juridiction qui se déclare compétente; on leur donne le droit de considérer le conflit négatif comme existant, alors qu'une seule juridiction s'est reconnue incompétente. De plus, le système est étendu à la juridiction administrative comme à l'autorité judiciaire.

Le Tribunal a pris connaissance de l'exposé des motifs de la proposition de loi présentée le 5 janvier 1877 et des rapports successifs des commissions qui l'ont adoptée en la modifiant légèrement. Nous n'avons pas à reproduire ici l'histoire de la législation sur les conflits ni les développements qui renferment la critique de la législation existante et les motifs de la réforme proposée; mais nous ne croyons pouvoir nous dispenser de résumer les considérations qui sont présentées à l'appui des dispositions nouvelles.

Dans l'opinion des auteurs de la proposition et de la commission de la Chambre, le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire établi par l'Assemblée constituante dans les lois des 22 décembre 1789-8 janvier 1790 (art. 7, sect. III) et dans celles des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 13), consacré par les lois des 7-11 septembre 1790, 7-14 octobre 1790, 17 avril-25 mai 1791, et maintenu depuis cette époque par une longue série de dispositions lé-

Digitized by Google

gislatives, notamment par la loi du 16 fructidor an III, n'est pas en question.

D'autre part, aucune atteinte n'est portée aux juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif actuellement instituées.

La procédure organisée par l'ordonnance du 1er juin 1828, pour régler les conditions dans lesquelles le préfet peut revendiquer devant les tribunaux de l'ordre judiciaire les litiges qui sont de la compétence de l'autorité administrative, est considérée comme satisfaisante. Enfin l'institution du Tribunal des conflits, tel qu'il est organisé par la loi du 24 mai 1872, combinée avec la loi du 4 février 1859, comprenant, sous la présidence du garde des sceaux, un nombre égal de représentants du Conseil d'État, juridiction administrative suprême, et de la Cour de cassation, tous élus par leurs corps respectifs et s'adjoignant, à la majorité des voix, deux autres membres, donne toutes les garanties que l'intérêt public et les intérêts privés peuvent réclamer. Si notre rapport n'était pas adressé au Tribunal des conflits, nous pourrions reproduire ici les passages de l'exposé des motifs de la proposition de loi et du rapport de la commission dans lequel il est rendu hommage à ses lumières et à son impartialité. Aussi bien la proposition elle-même est la meilleure preuve qu'il inspire toute confiance, puisqu'elle a pour but sinon d'étendre ses attributions, du moins de multiplier les cas dans lesquels il peut être saisi.

Mais les auteurs de la proposition et la commission de la Chambre ont considéré qu'il y avait là des lacunes graves dans les dispositions des lois et règlements en vigueur qui tendent à assurer l'application du principe de la séparation des pouvoirs.

La pensée qui a inspiré avant tout la proposition est exprimée dans le passage suivant de l'exposé des motifs présenté le 26 janvier 1877 :

« Il n'est pas rare de voir une question de compétence « administrative ou judiciaire débattue devant les tribunaux « civils successivement en première instance, en appel (et « l'appel est suspensif), devant la Cour de cassation et quel- « quefois devant une Cour de renvoi. Cette longue procédure « peut aboutir à un arrêt d'incompétence. Les parties s'adres-

Digitized by Google

« sent alors à l'autorité administrative; mais comme celle-ci « n'est pas liée par la décision sur la compétence émanée de « l'autorité judiciaire, il arrive parfois qu'elle se déclare in- « compétente. De cette double déclaration d'incompétence « résulte un conflit négatif qui interrompt le cours de la « justice et qui rend nécessaire l'intervention du Tribunal « des conflits... Ainsi, dans notre organisation judiciaire, « des particuliers peuvent être dans la nécessité de plaider « pendant plusieurs années pour trouver des juges. »

C'est à ce mal que l'on se préoccupe de porter remède en donnant aux parties le droit de s'adresser au Tribunal des conflits, dès que le juge de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, saisi de l'affaire, s'est déclaré compétent ou incompétent, contrairement à leur prétention.

Dans le rapport de la commission, ce point de vue est mis en relief à l'aide de plusieurs exemples. Le système actuellement suivi pour les conflits négatifs est signalé (p. 18) comme produisant des conséquences véritablement étranges. « C'est le règlement de juges dans sa forme la plus primitive, la plus onéreuse pour les plaideurs et la moins propre à inspirer aux justiciables la confiance dans l'organisation judiciaire de leur pays... Les parties arrivent rarement au Tribunal des conflits, dit-on, avant d'avoir plaidé quatre ou cinq ans sur la question de compétence. Mais c'est là, le plus souvent, un minimum. Le Tribunal des conflits, par décision du 13 février 1875, considérait comme non avenu un arrêt rendu par la Cour de Grenoble le 22 août 1857... Quelquefois, une double déclaration d'incompétence, émanée d'un tribunal judiciaire et d'une juridiction administrative ne suffit pas pour constituer un conflit négatif. » On cite en ce sens une décision du Tribunal des conflits du 7 mars 1874.

Ces résultats fâcheux seraient évités avec le système du projet, imité des dispositions contenues dans les articles 19 et 20, titre II, de l'ordonnance royale de 1737, appliqués encore aujourd'hui par la Cour de cassation pour les règlements de juges entre deux tribunaux de l'ordre judiciaire.

Mais, à l'appui du système du projet, on invoque, dans le rapport de la commission, un autre point de vue. On fait valoir que les particuliers doivent être placés dans les mêmes conditions que l'administration, lorsqu'il s'agit pour eux de

Digitized by Google

trouver un juge parmi les juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Or, dit-on, dans l'état de choses actuel, l'administration, représentée par le préfet, a seule le droit, qu'elle soit ou ne soit pas partie dans un litige, d'élever le conflit d'attributions devant l'autorité judiciaire. « Une égalité de droits entre l'administration et les particuliers pour trouver un juge, lorsqu'une question de compétence administrative et judiciaire est soulevée, ne semble être jamais entrée dans les idées de l'Assemblée constituante, ni dans celles des différents pouvoirs qui se sont succédé en France depuis 1789 (p. 7) ». Le droit d'élever le conflit n'a été considéré que comme un moyen pour l'autorité administrative de combattre les empiétements de l'autorité judiciaire et de prévenir des luttes semblables à celles qui ont agité le pays au siècle dernier. Il convient aujourd'hui de renoncer à cette préoccupation exclusive. Il faut faire du Tribunal des conflits un tribunal ordinaire placé au sommet de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, auquel les parties puissent s'adresser avec des formes simples et peu coûteuses, toutes les fois qu'il s'élèvera sur le fond du procès ou sur une question préjudicielle, devant les juridictions de l'un ou de l'autre ordre, un débat sur le point de savoir si l'autorité judiciaire ou l'autorité administrative est compétente. Cette réforme ne sera que la mise en application du principe de la séparation des pouvoirs.

Tels sont les motifs de la réforme dont le principe est posé dans l'article 1er du projet.

Quant à la disposition contenue dans le paragraphe 2 de l'article 8, qui modifie, sur un point, les règles suivies actuellement pour les conflits d'attributions, elle s'inspire de la pensée que la chose jugée doit être respectée autant que le principe de la séparation des pouvoirs. On signale plusieurs affaires dans lesquelles le préfet aurait élevé le conflit d'attributions après cinq, six et dix ans de procédure, notamment un décret rendu sur l'avis du Conseil d'État, le 15 mai 1858, au sujet d'un litige où la Cour de cassation avait reconnu la compétence de l'autorité judiciaire par un arrêt du 21 mai 1855.

Nous croyons avoir fidèlement reproduit, dans ce résumé, les idées qui servent de base à la proposition de loi faite

Digitized by Google

par M. Roger-Marvaise et plusieurs de ses collègues, et adoptée par la commission de la Chambre des députés, qui avait été chargée de l'examiner.

Abordons maintenant l'examen de cette proposition.

I

Pour se rendre un compte exact des mérites de la réforme proposée, il convient de rechercher tout d'abord quels sont les résultats qu'a produits la législation actuellement en vigueur.

Le Tribunal ne sera pas étonné, assurément, que la législation sur les conflits d'attributions, qu'il appartient au préfet d'élever devant l'autorité judiciaire, n'ait soulevé de critiques que sur un point de détail. Il sait en effet, mais il n'est pas inutile de le redire, que, depuis bien longtemps, les vives polémiques auxquelles cette matière a donné lieu sous la Restauration n'ont plus aucune raison de se renouveler. Ce qui avait soulevé ces polémiques, c'était d'abord que les formes et les conditions dans lesquelles le conflit d'attributions pouvait être élevé blessaient les justes susceptibilités de l'autorité judiciaire; que le cours de la justice pouvait être suspendu sans que le tribunal devant lequel un litige était pendant, eût été mis en demeure de se prononcer sur sa compétence; que la chose jugée, même sur le fond, n'était pas toujours respectée; qu'aucun délai n'était assigné pour le jugement des conflits et que le Conseil d'État, qui tranchait la question de compétence par les avis qu'il proposait au Souverain, statuait sur ces affaires à huis clos, après une instruction exclusivement écrite, comme sur les affaires purement administratives. L'ordonnance du 1er juin 1828, suivie bientôt de l'ordonnance du 2 février 1831, qui a établi la publicité des audiences du Conseil d'État en matière contentieuse, ont fait disparaître ces griefs.

Mais les défiances qu'inspirait à cette époque la juridiction administrative elle-même entraient pour une large part dans les motifs qui faisaient si vivement critiquer l'institution des conflits. Ces défiances sont également tombées. Une longue expérience a prouvé que la juridiction administrative donne aux droits des particuliers en lutte contre l'administration

Digitized by Google

les garanties les plus sérieuses. Sous la Restauration, comme sous le premier Empire, cette juridiction n'avait été le plus souvent appelée à statuer que sur des affaires qui soulevaient des difficultés irritantes ou qui faisaient appliquer une législation rigoureuse, notamment les ventes de biens nationaux, la situation des émigrés, les déchéances prononcées, dans des conditions anormales, au profit du Trésor public contre les créanciers de l'État. Mais tout ce contentieux spécial, auquel avaient donné naissance les mesures politiques ou financières prises pendant la crise révolutionnaire, est depuis longtemps éteint. A partir des premières années du Gouvernement de 1830, le Conseil d'État, qui désormais statuait sur les affaires contentieuses, après avoir entendu, en audience publique, les avocats des parties et le ministère public, n'a plus été appelé à appliquer qu'une législation normale, dans laquelle l'administration n'apparaît que pour discuter sur les difficultés inévitables qu'entraîne la gestion des services publics. Une série de lois successives a, de plus, dans un certain nombre d'affaires, facilité l'accès du Conseil d'État en supprimant les frais de justice et la nécessité du ministère des avocats au Conseil, notamment pour les réclamations relatives aux contributions directes et aux taxes qui y sont assimilées, pour les élections municipales et départementales, pour les contraventions de grande voirie et autres matières analogues.

Aussi les assemblées politiques qui ont été appelées à se prononcer sur l'organisation du Conseil d'État sous le Gouvernement de Juillet, sous la République de 1848, sous l'Empire et depuis 1871 ont-elles toutes maintenu et étendu ses attributions en matière de contentieux administratif. La loi du 24 mai 1872 a consacré, en outre, définitivement la longue jurisprudence qui avait institué et développé le recours pour excès de pouvoirs contre les décisions des juridictions administratives qui statuent en dernier ressort et contre les actes des autorités administratives.

En ce qui concerne les conflits d'attributions, cette dernière loi en a enlevé le jugement au Conseil d'État, comme l'avait fait la loi du 3 mars 1849, pour le confier à un tribunal mixte dans lequel les représentants de la Cour de cassation siégent à côté des représentants du Conseil d'État. C'est là

Digitized by Google

une garantie nouvelle donnée aux parties et c'était la conséquence nécessaire du système qui attribuait au Conseil d'État un pouvoir propre de juridiction, au lieu de subordonner la force exécutoire de ses décisions à la signature du Chef de l'État.

Mais l'épreuve solennelle à laquelle a été soumise la jurisprudence du Conseil d'État, depuis le rétablissement du Tribunal des conflits, comme pendant la première période de son existence, a montré que les doctrines qu'il avait établies faisaient une juste application du principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire. Les décisions rendues par le Tribunal des conflits en 1850 et 1851, celles que le nouveau tribunal a rendues depuis 1872 ne se sont écartées que sur un très-petit nombre de points de la jurisprudence du Conseil. On pourrait même citer des cas dans lesquels le tribunal actuel a reconnu que des scrupules mal fondés avaient conduit le Conseil d'État à renvoyer à l'autorité judiciaire des litiges que la juridiction administrative était compétente pour résoudre [1].

Aussi bien l'accord qui s'était établi sur presque tous les points controversés entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation avait amené depuis longtemps une diminution très-sensible dans le nombre des conflits positifs d'attributions.

De 1799 à 1814, le nombre moyen des conflits d'attributions avait été de 65 à 70 par an. Sous la Restauration, la moyenne annuelle avait été de 40. Mais, pour l'année 1827 et les premiers mois de 1828, le nombre des conflits en matière électorale, soulevés par l'application d'une loi qui ne tarda pas à être abrogée, s'était élevé à 103 [2].

Sous le Gouvernement de Juillet, de 1830 à 1846 (les statistiques officielles des travaux du conseil ne dépassent pas l'année 1845), le nombre total des conflits avait été de 415, soit environ 27 par an. Ces conflits avaient presque tous été

[1] Voir notamment la décision du 27 mai 1876 (*de Chargères*) et celle du 16 décembre 1876 (*Compagnie de l'éclairage par le gaz de la Guillotière*).

[2] Ces chiffres sont indiqués dans un rapport fait par M. Hély d'Oissel, à la Chambre des députés, sur la proposition de M. Gaëtan de la Rochefoucauld, déposé le 26 juin 1828.

Digitized by Google

élevés dans des litiges relatifs aux travaux publics et aux cours d'eau.

En 1850 et 1851, le Tribunal des conflits a été saisi de 114 conflits; mais, par suite de la suspension des délais prononcée par la loi du 3 mars 1849 qui organisait le Conseil d'État, il a jugé en réalité les affaires introduites pendant trois années; la moyenne s'est élevée à 37 par an.

De 1852 à 1865 (la statistique de 1865 à 1870 n'a pas été publiée), le total des conflits positifs n'a été que de 268, c'est-à-dire, en moyenne, de 19 par an.

Du 19 septembre 1870 au mois d'août 1872, la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État a jugé 23 conflits, soit environ 12 par année.

Depuis le rétablissement du Tribunal des conflits à la fin de l'année 1872, jusqu'à la fin de l'année 1878, le Tribunal a été saisi de 118 conflits, ce qui donne une moyenne annuelle de 19. Mais ce nombre aurait été sensiblement moindre si les événements de la guerre n'avaient pas fait naître des questions nouvelles et si plusieurs conflits relatifs à des questions identiques n'avaient été élevés au même moment devant les tribunaux.

Si l'on recherche enfin le nombre de conflits positifs qui ont été confirmés et de ceux qui ont été annulés, on trouve les chiffres suivants :

Depuis le mois d'octobre 1828 jusqu'au 1er janvier 1847, sur 548 conflits élevés, il y en a eu 344 confirmés intégralement, 50 confirmés en partie, et 153 annulés, dont 42 pour vice de forme. Du 7 mars 1850 au 22 novembre 1851, le Tribunal des conflits a statué sur 114 conflits : 61 ont été confirmés intégralement, 17 confirmés en partie, 26 annulés au fond, 8 pour vice de forme.

De 1852 à 1865, 96 arrêtés de conflit ont été confirmés intégralement, 49 l'ont été en partie; 101 ont été annulés au fond et 22 pour vice de forme. De 1872 à 1878, 57 conflits ont été validés intégralement, 7 partiellement, 49 ont été annulés au fond et 4 pour vice de forme.

La proportion des conflits annulés au fond a été, dans ces diverses périodes, de 20 pour 100 (1828 à 1847), de 20 pour 100 (1850 à 1852), de 37 pour 100 (1852 à 1865), de 41 pour 100 (1872 à 1878). Ainsi le Conseil d'Etat, de 1828 à 1847 et de

Digitized by Google

1852 à 1865, ne prononçait pas moins d'annulations que n'en a prononcé le Tribunal des conflits dans les deux périodes de son existence.

Il est donc permis de dire que les conflits positifs sont devenus fort rares et que le Conseil d'État et la Cour de cassation sont aujourd'hui d'accord sur les questions autrefois controversées relativement aux limites de la compétence administrative et de la compétence judiciaire.

Quelle est la situation à l'égard des conflits négatifs d'attributions? Ici il ne s'agit plus de la revendication par l'autorité administrative des litiges que l'autorité judiciaire persisterait à vouloir retenir pour les juger. Il s'agit du cas où l'autorité judiciaire, comme l'autorité administrative, se déclarent toutes deux incompétentes pour statuer et où les parties cherchent en vain un juge. C'est le cas qui a préoccupé principalement les auteurs de la proposition de loi.

Si les conflits positifs d'attributions sont depuis longtemps assez rares, nous pouvons dire que les conflits négatifs ont toujours été bien plus rares encore. D'après les statistiques publiées, de 1830 à 1845, on en compte 29, soit moins de 2 par an. De 1852 à 1865, on en compte 18, à peine un par an. De la fin de l'année 1872 à 1878, le Tribunal des conflits en a jugé 14, environ 2 par an; au total il y a eu 61 affaires de cette nature en quarante-trois ans.

Tels sont les faits sur lesquels il nous paraît utile d'appeler l'attention.

II

Étudions maintenant les inconvénients, les lacunes qui ont été signalées dans la législation actuelle et les réformes qui sont proposées.

Nous avons d'abord à nous expliquer sur les dispositions de l'article 1er du projet de loi, et sur celles des articles suivants qui s'y rattachent. Nous examinerons ensuite l'article 8.

Quel est le but que les auteurs de la proposition veulent atteindre par les dispositions de l'article 1er?

Ils veulent d'abord éviter à l'avenir « le spectacle de ces longs procès, s'éternisant par des questions de compétence

Digitized by Google

administrative et judiciaire, dont les débats jettent de l'indécision sur la marche de la justice..... (p. 25). »

Mais si l'on se reporte aux renseignements statistiques que nous venons de produire, on remarque que les conflits négatifs dans lesquels les parties voient l'autorité judiciaire et la juridiction administrative se déclarer, chacune, de son côté, incompétente pour statuer, sont extrêmement rares. Nous n'en avons constaté que soixante et un en quarante-trois ans.

Si donc il y a des défauts dans la législation relative à cette matière, on ne peut pas dire qu'ils aient une influence considérable sur les droits des parties, ni que les lacunes signalées dans notre organisation judiciaire aient pu soulever fréquemment des plaintes dans la pratique. S'il y a un mal, il n'est pas d'une gravité bien considérable.

Il faut ajouter que non-seulement les affaires de conflit négatif sont fort rares, mais qu'en outre celles de ces affaires dans lesquelles les parties plaident pendant plusieurs années devant tous les degrés de juridiction sans pouvoir trouver des juges sont tout à fait exceptionnelles. Rien n'oblige en effet les parties à débattre successivement une question de compétence devant le tribunal de première instance, la Cour d'appel et la Cour de cassation, et à la porter ensuite devant le conseil de préfecture ou le ministre, et devant le Conseil d'État, pour être admises à la soumettre enfin au Tribunal des conflits. Un pareil système serait assurément vicieux. Aussi n'est-ce pas celui qu'a établi la jurisprudence. Il suffit, au contraire, d'une décision de la juridiction du premier degré dans l'ordre administratif et dans l'ordre judiciaire pour que le conflit négatif soit constitué et, en fait, nous pouvons affirmer, d'après les comptes rendus des travaux du Conseil d'État de 1830 à 1865, et l'étude des décisions du tribunal des conflits depuis 1872, que, dans le plus grand nombre des cas, c'est un jugement du tribunal d'arrondissement ou du juge de paix, d'une part, et un arrêté du conseil de préfecture de l'autre, qui ont constitué les conflits négatifs [1]. Dans les autres affaires, le conflit était constitué par un arrêt de Cour et un arrêté de conseil de préfecture

[1] De 1830 à 1845, 18 sur 26; de 1852 à 1865, 14 sur 18; de 1872 à 1878, 8 sur 14.

Digitized by Google

ou par un jugement du tribunal et un arrêt du Conseil d'État. Mais on citerait à peine quelques cas semblables. Le rapport de la commission fait remarquer, il est vrai, qu'une décision du tribunal des conflits du 13 février 1875 (*Badin*) a déclaré non avenu un arrêt de la Cour de Grenoble, qui datait de 1857 et qui avait jugé que l'autorité judiciaire était incompétente pour connaître d'une partie d'un litige sur lequel le conseil de préfecture de l'Isère avait également refusé de statuer, par un arrêté rendu en 1859 après expertise. Mais, il résulte du dossier de cette affaire que les parties, qui avaient obtenu satisfaction du conseil de préfecture pour un partie de leur réclamation, n'avaient, pour le surplus, fait aucun acte de procédure depuis 1859, et que c'est seulement au mois de mars 1874 qu'elles ont songé à saisir le tribunal des conflits et à lui demander un juge. C'est donc ici la volonté des parties qui a causé ce retard et non les imperfections de la législation.

Sans doute, il faut que l'une des deux autorités à laquelle les parties se sont adressées soit compétente pour qu'il y ait conflit, parce que, sans cette condition, on ne peut pas dire que le cours de la justice soit interrompu. Mais c'est là encore un cas bien exceptionnel : on peut à peine citer dix décisions rendues en ce sens, de 1822 à 1878 [1].

Telles sont les proportions auxquelles une étude approfondie des faits autorise à réduire le mal que la proposition de loi cherche à corriger.

On fait valoir, il est vrai, et c'est le second point de vue auquel s'est placée la commission, qu'il est bon de mettre désormais les particuliers sur le pied de l'égalité avec l'administration, lorsqu'il s'agit de faire juger les questions de compétence controversées entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Jusqu'ici, dit-on, le législateur, dominé par les souvenirs de la lutte des Parlements contre le pouvoir royal avant 1789, et de leur résistance aux réformes de Turgot, ne s'était préoccupé que de prévenir les empié-

[1] 10 juillet 1822 (*Belmond*), — 26 juillet 1826 (*Gay*), — 16 mai 1839 (*Fausse-Cave*), — 23 août 1843 (*Cartier*), — 29 mars 1851 (*Lambert*), — 6 juillet 1865 (*Ménard*), — 24 juin 1868 (*Jaumes*), — 15 mars 1873 (*Courtois*), — 7 mars 1874 (*Mingam*).

Digitized by Google

tements de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative. Il paraît utile aux auteurs du projet de prévenir les empiètements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire.

Le rapport de la commission constate, nous l'avons déjà dit, que cette égalité de droits entre l'Administration et les particuliers n'était jamais entrée dans la pensée de l'Assemblée constituante ni des différents pouvoirs qui se sont succédé en France depuis 1789.

On peut se demander si cela ne tient pas à ce que cette égalité existe dans une large mesure, quoique les droits des particuliers s'exercent dans une forme différente de celles que suit la puissance publique représentée par le préfet.

En effet comment la juridiction administrative est-elle saisie dans l'immense majorité des cas? Ce n'est pas par l'Administration, c'est par les particuliers. Il y a des exceptions; nous y reviendrons tout à l'heure. Mais il est certain que la juridiction administrative est instituée avant tout pour statuer sur les réclamations dirigées contre les actes de l'administration générale ou locale, ou des personnes qu'elle a substituées à ses droits. L'administration ou ses représentants jouent donc presque toujours le rôle de défendeurs; c'est le particulier qui introduit l'action. S'il s'agit par exemple de réclamations en matière de contributions directes, et de taxes assimilées à ces contributions, du décompte des entrepreneurs de travaux publics ou des dommages causés par l'exécution de travaux publics, s'il s'agit de difficultés relatives aux marchés de fournitures passés avec les ministres, la réclamation est soumise au juge par le contribuable, par l'entrepreneur, par le propriétaire ou par le fournisseur qui se prétendent lésés.

Les particuliers qui croiraient que la juridiction administrative n'est pas compétente pour statuer sur le litige qu'ils engagent ont donc, dans tous ces cas, une ressource équivalente à celle du conflit qui permet au préfet de dessaisir le tribunal. Ils peuvent ne pas saisir la juridiction administrative et porter leur action devant l'autorité judiciaire. Si le préfet élève le conflit, la question de compétence sera jugée à très-bref délai et sans frais.

C'est sans doute le motif qui a fait penser jusqu'ici au législateur que les empiétements de la juridiction adminis-

Digitized by Google

trative sur le domaine de l'autorité judiciaire n'étaient pas à craindre.

Sans doute, il y a des cas où le particulier est appelé par l'administration devant une juridiction administrative.

D'abord en matière répressive, pour les contraventions aux lois et règlements sur la grande voirie et autres matières analogues, c'est l'administration qui exerce les poursuites et qui cite l'inculpé devant le juge qu'elle croit compétent. Mais la proposition de loi s'applique exclusivement, et avec raison, aux matières civiles, soit devant l'autorité judiciaire, soit devant la juridiction administrative; nous n'avons donc pas à discuter ce point.

D'autre part, il en est de même lorsqu'il s'agit de réviser les opérations du tirage au sort pour le recrutement de l'armée, et de statuer sur les causes d'exemption et de dispense du service militaire. Mais le législateur s'est toujours préoccupé de ne pas laisser entraver des opérations d'une si grande importance pour le pays par des difficultés de détail. Il a réglé la question dans les articles 28, 29 et 30 de la loi du 27 juillet 1872, de façon à donner aux parties les garanties qu'il jugeait nécessaires, notamment un recours devant le Conseil d'État pour incompétence et excès de pouvoirs. C'est un point sur lequel il serait prudent de ne pas modifier la législation sans prendre des mesures particulières.

Quant au règlement des comptes de tous les comptables de deniers publics, sur lequel la Cour des comptes et les conseils de préfecture prononcent dans des conditions toutes spéciales, il ne nous paraît pas vraisemblable que les auteurs de la proposition de loi aient entendu le modifier par la disposition, si générale qu'elle soit, de l'article 1er.

Enfin dans les contestations relatives aux élections municipales et départementales, le litige est ordinairement engagé entre deux particuliers. Mais ce n'est pas une matière qui puisse donner fréquemment lieu à des difficultés de compétence; la législation est d'un extrême simplicité.

Ces exceptions et quelques autres de minime importance ne nous empêchent donc pas d'affirmer que, dans presque tous les cas où une question de compétence pourrait se soulever, les parties ont actuellement le moyen d'empêcher que la juridiction administrative se saisisse du litige con-

Digitized by Google

trairement à leur prétention, et de faire juger la question par le Tribunal des conflits.

Il ne semble donc pas que les principes ni les intérêts des parties commandent de modifier, à cet égard, la législation existante.

Si cependant les remèdes proposés n'étaient pas de nature à entraîner des inconvénients graves, on pourrait admettre que, bien qu'ils ne s'appliquent qu'à un très-petit nombre de cas, ils peuvent avoir encore un certain degré d'utilité. Il faut donc examiner en elles-mêmes, et dans les résultats produiraient, les dispositions contenues dans les articles 1 à 7 de la proposition de loi.

III

L'article 1er de la proposition de loi donne aux parties, on l'a remarqué, le droit de soumettre au Tribunal des conflits la question de savoir si l'autorité judiciaire ou la juridiction administrative est compétente pour statuer sur un litige en matière civile, par cela seul que le tribunal saisi de l'affaire, qu'il soit de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, aura d'office ou sur la demande d'une des parties, déclaré qu'il n'est pas compétent ou qu'il est compétent soit en ce qui concerne le fond, soit à l'égard d'une question préjudicielle.

Il y a là une transformation considérable du système actuellement en vigueur. Il faut examiner les résultats de cette transformation au point de vue des conflits positifs d'attributions et au point de vue des conflits négatifs. Il faut rechercher quels seraient ses effets à l'égard des droits des parties et relativement au fonctionnement du Tribunal des conflits.

En ce qui concerne les conflits positifs devant l'autorité judiciaire, ce n'est plus le préfet seul, agissant au nom de la puissance publique, qui pourra les élever ; c'est toute partie engagée dans ces procès. De plus, les conflits ne pouvaient être élevés devant les juges de paix et les tribunaux de commerce ; la proposition supprime cette exception. N'y a-t-il pas là une occasion de nombreux procès d'un genre tout nouveau qui viendront entraver l'expédition des affaires? Les parties, qui ne sont pas au courant de la jurisprudence

Digitized by Google

du Tribunal des conflits, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, ne soulèveront-elles pas, dans beaucoup de cas, des difficultés sur les règles de compétence à l'égard desquelles l'accord s'est établi depuis longtemps et que les préfets ne remettraient pas en question? Un point surtout est de nature à préoccuper. Le tribunal a eu plusieurs occasions de consacrer une longue jurisprudence du Conseil d'État, inspirée par le respect du droit de propriété, en vertu de laquelle les entrepreneurs et concessionnaires de travaux publics ne sont considérés comme justiciables de la juridiction administrative, pour les dommages causés à la propriété privée, notamment par les extractions de matériaux et les occupations de terrains, que lorsqu'ils agissent en vertu d'une autorisation de l'administration, dans les limites de cette autorisation et en suivant les formalités spéciales prescrites par les règlements. Si toutes ces conditions ne sont pas remplies, ils perdent la qualité de représentants de l'administration; l'autorité judiciaire seule peut connaître des réclamations dirigées contre eux [1]. Un préfet n'élèvera désormais plus de conflits pour dessaisir, en pareil cas, l'autorité judiciaire. Mais l'entrepreneur ou le concessionnaire, n'ayant que le souci de son intérêt propre, ne pourra-t-il pas, pour faire traîner le procès en longueur et arracher à son adversaire une transaction, soulever la question de compétence et la porter devant le Tribunal des conflits? Nous savons que la mauvaise foi a été prévue par les auteurs du projet et qu'ils croient pouvoir la prévenir par les dispositions de l'article 6; mais nous expliquerons plus loin que leur système ne serait généralement pas efficace. S'il en est ainsi, ces procès de compétence pourraient être fréquents et l'on ne doit pas oublier que la responsabilité pourrait en retomber sur l'administration aux yeux du public qui confondrait, dans une appréciation inexacte, l'entrepreneur et l'État avec lequel il a traité.

En ce qui concerne l'extension du conflit positif aux juges

[1] Voir notamment les arrêts du Conseil d'État du 22 janvier 1857 (*Gilbert*), du 17 mars 1859 (*Martell*), — les décrets sur conflit du 15 avril 1863 (*commune d'Allauche* c. *Gerbe*), et du 17 février 1869 (*de Mellenville*), — les décisions du Tribunal des conflits du 1er mars 1873 (*Deyroles*) et du 12 mars 1877 (*Dodun*).

Digitized by Google

de paix et aux tribunaux de commerce, la commission ne dissimule pas que, sur ce point, le système nouveau peut motiver des inquiétudes, puisqu'elle cherche à rassurer les intéressés en faisant valoir la simplicité de la procédure qu'elle instituerait.

D'autre part, les conflits positifs pourraient désormais être élevés par les parties devant les tribunaux administratifs. Ici nous n'en redoutons pas le nombre; les raisons que nous avons déjà exposées nous font penser que ce droit attribué aux plaideurs serait rarement exercé. Nous rappelons, cependant, les réserves que nous avons faites pour les cas où l'administration saisit elle-même la juridiction compétente, notamment pour les difficultés relatives au recrutement de l'armée et au règlement des comptes des comptables de deniers publics. Mais, même dans les affaires où les instances sont engagées par un particulier contre l'administration, les conflits pourraient se soulever à l'occasion de questions préjudicielles. D'autre part, dans les questions où, par exception, il n'y a que des particuliers en présence, les difficultés de compétence pourraient venir se greffer sur le fond du procès.

Désormais, dans toutes ces catégories d'affaires, ce n'est plus le juge d'appel ou la juridiction suprême qui trancherait les questions de compétence soulevées par les parties en jugeant le fond. Il y aurait nécessairement un procès de plus sur la question de compétence.

Pour les conflits négatifs, si rares aujourd'hui, nous avons d'autres sujets de préoccupation.

Le Tribunal des conflits n'intervient, dans l'état de choses actuel, que pour rétablir le cours de la justice interrompu par deux déclarations d'incompétence, et à la condition que l'une des deux autorités qui ont refusé de statuer soit compétente. Dans le nouveau système, il suffirait qu'une seule juridiction, saisie d'un litige, se fût déclarée incompétente pour que les parties eussent la faculté de s'adresser au Tribunal des conflits. Ainsi, l'on soumettra au juge de paix une réclamation qui devrait être soumise au conseil de préfecture ou à un ministre; le juge de paix se déclarera incompétent et l'on pourra demander au tribunal des conflits de désigner le juge auquel il appartient de statuer.

La commission a eu raison de dire que si ses propositions étaient adoptées, « le Tribunal des conflits serait désormais

Digitized by Google

« un tribunal ordinaire placé au sommet de l'ordre admi-
« nistratif et de l'ordre judiciaire. » Nous constatons ici le fait, nous aurons bientôt à l'apprécier.

Il nous paraît résulter des observations précédentes que le nombre des questions de compétence soumises au Tribunal des conflits serait bien plus considérable qu'avec le système actuel. Le rapport de la commission suppose qu'il n'en sera pas ainsi, en invoquant ce qui se passe devant la Cour de cassation pour les règlements de juges. La chambre des requêtes ne rend en moyenne, chaque année, qu'une douzaine d'arrêts de règlement de juges. Mais nous pensons que l'analogie n'existe pas entre les affaires soumises entre la chambre des requêtes de la Cour de cassation et celles qui seraient portées devant le Tribunal des conflits. La nature des questions, l'intérêt qu'auraient les plaideurs à les soulever sont fort différents.

De plus, la mauvaise foi pourrait ici jouer un grand rôle. Les auteurs de la proposition l'ont reconnu et ils ont introduit dans le projet une disposition spéciale pour la prévenir. Aux termes de l'article 6, « la partie qui succombera dans son pourvoi (devant le Tribunal des conflits) pourra être condamnée par la juridiction compétente sur le fond à des dommages-intérêts envers les autres parties. »

Mais nous ferons remarquer d'abord qu'en faisant traîner en longueur un procès, en le portant devant une juridiction qui siége à Paris, les plaideurs obtiennent souvent de leurs adversaires des transactions. Dans ce cas, la mauvaise foi sera loin d'être punie. D'autre part, lorsque le juge, acceptant le système soutenu de bonne ou de mauvaise foi par la partie, se sera à tort déclaré incompétent pour connaître d'un litige, comment pourra-t-on prononcer des dommages-intérêts contre la partie qui aura succombé dans son pourvoi, sans condamner en quelque sorte le juge lui-même? Il est donc vraisemblable que cette disposition ne fournirait pas des éléments suffisants pour réprimer la mauvaise foi que la commission a elle-même redoutée.

Si nous venons enfin, après avoir étudié le principe même du projet, à la procédure organisée dans les articles 2 à 5, nous ferons remarquer au Tribunal que la proposition de loi s'est inspirée des règles posées par l'ordonnance royale du 1er juin 1828 relative aux conflits élevés par les préfets, et de celles qu'a établies l'article 20 de la loi du 3 mai 1841

Digitized by Google

sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et non des dispositions de l'ordonnance de 1737 sur les règlements de juges portés devant la Cour de cassation, ni de celles du 26 octobre 1849 sur les conflits négatifs soumis au Tribunal des conflits. On a cherché à simplifier beaucoup les formes. Mais n'a-t-on pas supprimé certaines garanties utiles? Plusieurs questions importantes restent indécises. Aujourd'hui le pourvoi doit être formé par le ministère des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, aux termes de l'article 17 du règlement de 1849, en ce qui concerne les conflits négatifs. Au contraire, les parties sont dispensées du ministère des avocats, en matière de conflits positifs, parce qu'elles n'ont à présenter que des observations sur l'arrêté pris par le préfet et ne sont pas admises à prendre des conclusions. Il semble que le système nouveau, qui établit un régime uniforme et qui admet les parties à engager une instance spéciale contre les décisions qui déclarent soit la compétence, soit l'incompétence du juge saisi, et à prendre des conclusions dans les deux cas, supprime l'obligation du ministère des avocats. Mais le rapport ne fournit pas d'explications sur ce point.

D'autre part, aucun délai n'est fixé dans la proposition de loi pour le jugement de ces affaires. L'ordonnance du 1er juin 1828 et celle du 12 mars 1831 fixent un délai de deux mois pour le jugement des conflits positifs; aucun délai n'a été et ne pouvait être imposé pour les conflits négatifs. Comment devrait-on régler cette question dans le cas où la proposition serait adoptée? Fixer un délai pour le jugement paraîtrait imprudent, quand il est difficile de se rendre compte du nombre plus ou moins considérable d'affaires que le nouveau système pourrait faire naître.

C'est ici le lieu de s'expliquer sur la situation qui serait faite au Tribunal des conflits. Assurément, les membres du Tribunal ne peuvent voir dans la proposition qu'un témoignage de confiance. Mais ils ont le devoir de se préoccuper des conditions nouvelles qui seraient faites à l'institution elle-même, et de rechercher si la transformation qu'on propose de réaliser ne serait pas nuisible au bien du service.

En ce moment, le tribunal n'intervient que dans des occasions dont nous avons signalé la rareté, aussi bien pour les conflits positifs que pour les conflits négatifs. Présidé par le garde des sceaux, président du Conseil d'État et chef de la

Digitized by Google

magistrature, composé de membres élus par le Conseil d'État et par la Cour de cassation qui s'adjoignent eux-mêmes deux autres membres, il est avant tout l'arbitre suprême des contestations dans lesquelles l'autorité publique pense que le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire pourrait être méconnu. Accessoirement, il est appelé à décider, sur la demande des parties, quand l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se sont déclarées toutes deux incompétentes et que le cours de la justice a besoin d'être rétabli, quel est le juge auquel il appartient de statuer sur un litige. Pour que sa décision ait toute son autorité, qu'elle s'impose à la fois aux juridictions administratives et aux tribunaux de l'ordre judiciaire, le législateur a voulu qu'elle fût rendue par des hommes que leurs hautes fonctions dans les différents corps auxquels ils appartiennent absorbent ordinairement et que leur participation constante aux travaux du Conseil d'État et de la Cour de cassation rend d'autant plus propres à cette mission d'arbitrage qui leur est confiée.

Si le Tribunal des conflits devenait, conformément aux propositions de la Commission, « un tribunal ordinaire », un juge d'appel de toutes les décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire et des juridictions administratives qui auraient statué sur une question de compétence où les parties penseraient que le principe de la séparation des pouvoirs serait engagé, l'institution pourrait-elle continuer à fonctionner dans les conditions actuelles? Serait-il possible d'augmenter, dans une mesure assez considérable, le nombre des conflits positifs et négatifs sans modifier le nombre des membres du tribunal, celui des juges, celui des commissaires du Gouvernement, sans remanier son organisation et son mode de procéder? Il y a là des questions bien délicates qu'il suffira d'indiquer pour en faire comprendre toute la gravité.

Nous croyons avoir établi que les mesures proposées dans l'article 1er du projet de loi, complété par les articles 2 à 7, ne répondent pas à un intérêt pratique qui commanderait une réforme de la législation. Nous avons cherché à montrer que le mal auquel on veut remédier est bien peu considérable. Nous croyons que le remède proposé entraînerait des inconvénients graves. Sur ce premier point, nous serions d'avis qu'il n'est pas utile de modifier les lois et règlements actuels.

Digitized by Google

IV

Il nous reste à examiner les dispositions du deuxième paragraphe de l'article 8. Ici nous serons bref.

Il ne s'agit en effet que d'une disposition de détail. L'article 8, dans son premier alinéa, maintient toutes les dispositions en vigueur relatives aux conflits positifs d'attributions que les préfets ont le droit d'élever devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Dans le second alinéa, il n'apporte qu'une dérogation aux règles actuellement suivies; il interdit d'élever le conflit lorsqu'il est intervenu, sur la question de compétence, une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Ce second alinéa n'était pas dans le projet primitif, il a été ajouté par la commission.

La question n'est actuellement tranchée par aucun texte de loi ou de règlement. L'article 4 de l'ordonnance du 1er juin 1828, sur lequel la jurisprudence s'est fondée pour se prononcer dans un sens contraire à la proposition de loi est ainsi conçu : « Hors le cas prévu par le dernier paragraphe de l'article 8 de la présente ordonnance, il ne pourra jamais être élevé de conflits après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après des arrêts définitifs. »

Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont étendu aussi largement que possible cette disposition pour faire respecter le principe de l'autorité de la chose jugée quand ils se sont trouvés en présence de jugements ou d'arrêts qui avaient statué définitivement sur le fond d'un litige.

Mais la situation n'est plus la même lorsqu'un jugement ou un arrêt définitif ne porte que sur la compétence. Tant que l'autorité judiciaire reste saisie du litige, il y a place pour la revendication exercée par le préfet au nom du principe de la séparation des pouvoirs. En statuant ainsi, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont considéré qu'ils se conformaient à l'esprit de la législation sur la matière et qu'ils appliquaient exactement le texte de l'article 4 de l'ordonnance de 1828. Nous avons compté vingt-cinq à trente décisions rendues en ce sens depuis 1828 jusqu'en 1878 [1].

[1] Il est utile de faire observer que, parmi les décisions signalées dans le rapport de la Commission (p. 16 en note) comme contraires, à ce point de vue, à l'autorité de la chose jugée, celle du 15 mai 1858 (*Dumont*) ne mé-

Digitized by Google

Il faut reconnaître toutefois que cette solution peut prêter à la controverse. Il s'agit ici de concilier deux principes également respectables : l'autorité de la chose jugée d'une part, la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire de l'autre. De plus, dans certains cas, l'intervention tardive de l'autorité publique après un jugement sur la compétence qui a été suivi de mesures d'instruction parfois onéreuses, comme une expertise, peut être fâcheuse pour les intérêts des parties.

On pourrait donc, dans le cas où l'on remanierait l'ensemble de la législation sur les conflits, saisir cette occasion d'étudier la question de savoir s'il convient de modifier l'article 4 de l'ordonnance du 1er juin 1828 en y introduisant une disposition restrictive conçue dans le sens indiqué par la commission de la Chambre.

Mais il convient de se demander si cette question a une importance suffisante pour être l'objet d'une loi spéciale.

En résumé, le règlement des questions de compétence controversées entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire s'opère d'une manière généralement très-satisfaisante. Les deux juridictions suprêmes sont arrivés à l'accord, et cet accord est maintenu par l'institution du Tribunal des conflits. Les critiques relevées par la commission ne s'appliquent qu'à des cas extrêmement rares. Les réformes qu'elle propose sur le premier point ne paraissent pas répondre aux besoins de la pratique et entraîneraient plus d'inconvénients que d'avantages. Celles qui font l'objet du dernier article ne semblent pas avoir assez d'importance pour être étudiées isolément. Nous pensons que le Tribunal émettra l'avis que la proposition de loi ne doit pas être adoptée.

rite aucune critique et que la réforme proposée n'empêcherait pas de la reproduire. On a remarqué que, dans cette affaire, le conflit n'a été élevé qu'après un arrêt de la Cour de cassation, qui s'était prononcée en faveur de la compétence judiciaire. Cela tient à ce que le tribunal et la Cour d'appel, sur les conclusions du préfet, représentant l'État, partie en cause, s'étaient déclarés incompétents. Le conflit ne pouvait être élevé devant la Cour de cassation. L'arrêt de la Cour d'appel ayant été cassé, le conflit a été élevé devant la Cour d'appel saisie par le renvoi. Il n'y avait pas là chose jugée sur la compétence.

Digitized by Google

DE LA NATURE ET DES EFFETS DE LA SUBROGATION,

Par M. Léopold Thézard, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, Avocat à la Cour d'appel.

(*Suite et fin* [1].)

9. Jusqu'à présent, nous avons reconnu chez le subrogé la qualité de cessionnaire, modifiée seulement par une relation entre lui et le débiteur : la qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor* vient s'adjoindre à celle de cessionnaire pour atténuer les conséquences de l'acte ou y ajouter [2]. Mais les auteurs qui repoussent cette idée tirent de leur conception d'autres différences : tandis que le cessionnaire aura droit aux intérêts de la créance telle qu'elle était aux mains du créancier, même s'ils étaient supérieurs à 5 p. 100, le subrogé n'aura jamais droit qu'aux intérêts à 5 p. 100; — tandis que pour le cessionnaire, l'objet de la créance reste le même qu'il était pour le créancier, la créance du subrogé a une cause nouvelle et un objet nouveau.

Logiquement, pour ceux qui écartent l'idée de cession, cette différence eût dû être placée en tête de la liste; car c'est elle qui résume le plus énergiquement leur théorie. Pour eux, la créance du subrogé est une créance distincte et différente de celle du créancier primitif: ordinairement sans doute elle se chiffrera par la même somme ou une somme inférieure; mais ce n'est qu'une sorte de coïncidence; les deux créances n'ont pas la même cause; elles n'ont pas nécessairement le même objet, et cependant les garanties de l'une se reportent sur l'autre. Si cette idée est vraie, elle est le principe même.

Pour nous, ce n'est que la conséquence extrême d'un point de départ inexact, et il faut juger la question avec les principes déjà exposés.

On prend l'exemple du remboursement d'une rente par le subrogé, remboursement qui lui donnerait droit, non à con-

[1] Voir la livraison de février, n° 2, p. 97.

[2] C'est ainsi encore que le cessionnaire soumis au retrait litigieux ne cesse pas d'être un véritable cessionnaire, bien que, comme le subrogé, il ne puisse demander que ses déboursés.

Digitized by Google

tinuer d'exiger le service de la rente de la part du débiteur, mais à demander le capital déboursé, tandis que le cessionnaire serait simplement fondé à percevoir les arrérages comme le créancier primitif.

C'est aller plus loin que Dumoulin et Pothier; car ces deux précurseurs du Code admettaient bien cette situation lorsque la subrogation était consentie par le débiteur, lorsqu'il empruntait pour racheter la rente et se soumettait envers le prêteur à lui payer le capital; mais ils la repoussaient dans les autres cas de subrogation. C'est rompre avec la tradition, et en quelque sorte pour le plaisir de faire ressortir avec plus d'éclat le caractère artificiel de la fiction, d'aller plus avant dans la voie indiquée par une formule dangereuse.

Mais cette conception doit, elle aussi, tomber devant le raisonnement, et de deux façons différentes : 1° dût-on admettre la solution dans l'hypothèse établie, il ne s'en suivrait pas que la créance du subrogé eût une autre cause et un autre objet que celle du créancier primitif; 2° cette solution même est contraire à l'interprétation équitable des conventions, et la distinction de Dumoulin et de Pothier est seule rationnelle.

1° L'obligation de servir une rente et celle d'en rembourser le capital ne sont pas deux obligations distinctes; elles sont les deux formes que peut revêtir une seule et même obligation; la première contient l'autre, et peut se résoudre en elle, soit que le débiteur veuille user de la faculté de rachat ou remboursement (ce qui fait apparaître en quelque sorte la dette comme alternative au choix du débiteur), soit que le droit au remboursement naisse du non payement des arrérages (art. 1912). La volonté du débiteur ou le droit du créancier suffisent pour dégager le capital de la rente. Les hypothèques qui garantissent le service de la rente garantissent par là même le capital au taux convenu ou légal; et en cas d'exercice de l'action hypothécaire, le créancier devra être colloqué pour le capital, soit qu'il le touche, soit qu'on le consigne pour servir les arrérages. Il n'est donc pas vrai de dire que le créancier du capital soit créancier d'une chose essentiellement différente de la rente; en dépit d'eux-mêmes, les partisans de la distinction des deux obligations n'arrivent pas à une hypothèse qui implique cette distinction.

Digitized by Google

On eût trouvé peut-être cette hypothèse, en se mettant en face d'une rente viagère, en échange de laquelle le créancier aurait acepté le versement d'une somme d'argent, avec subrogation au profit de celui qui aurait versé cette somme. Si en pareil cas il était permis de soutenir que le subrogé aurait droit, non d'exiger la continuation du service de la rente, mais de poursuivre le remboursemeut du capital par lui déboursé, alors il serait vrai aussi de dire que la subrogation transfère à une obligation distincte les attributs de la créance primitive. Mais qui oserait le soutenir? Le débiteur primitif n'est pas tenu évidemment d'accepter une transformation, dont l'effet serait de le soumettre à payer un capital considérable, au lieu d'une redevance destinée à s'éteindre, redevance qui sans doute, si sa durée se prolonge, pourra être plus onéreuse que ce payement en capital, mais qui a aussi la chance de disparaître au premier jour. Veut-on même mettre l'intérêt du débiteur hors de cause, soit en supposant un mandat par lui donné d'éteindre la vente viagère, soit en admettant (chose difficile dans l'hypothèse), une gestion d'affaires évidemment et nécessairemeut utile? Mais ce n'est pas contre lui surtout qu'opère la subrogation, puisqu'il serait tenu en tout état de l'action de mandat ou de gestion d'affaires; c'est contre les tiers auxquels préjudicie l'existence de la créance: cautions, tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués, créanciers hypothécaires postérieurs en rang. Comment fera-t-on retomber sur ces tiers une modification de créance à laquelle ils n'ont en rien participé, et qui transformera leurs obligations ou restreindra leurs droits?

Il est bien manifeste que si le subrogé, de même que le cessionnaire, a la faculté d'exercer les droits attachés à la créance, c'est sous la condition que sa créance soit comprise dans la créance première.

2° Ce premier point établi, l'autre face de la question se présente. Dans l'hypothèse même d'une rente perpétuelle, avons-nous dit, le débiteur contre lequel opère la subrogation reste tenu, en principe, envers le subrogé, comme il l'était envers le créancier primitif.

Sans doute, s'il a lui-même donné mandat au subrogé de racheter la rente, en s'engageant à lui rembourser le capital avancé, ce qui aura lieu dans l'hypothèse de la subrogation

Digitized by Google

consentie par le débiteur, c'est le capital que le subrogé aura le droit de réclamer : mais pourquoi ? précisément parce que le débiteur aura lui-même usé de l'alternative contenue dans son obligation, comme il aurait pu en user envers le créancier primitif, comme il aurait pu en user envers un cessionnaire proprement dit : sa dette, étant alors fixée à l'une des formes qu'elle peut revêtir, n'aurait pas cessé pour cela d'être la dette primitive. Par là même, les tiers, tels que cautions, tiers détenteurs, créanciers inférieurs en rang, ne verraient pas apporter de véritable changement à leur situation ; car il était dans la loi de l'obligation de pouvoir revêtir cette forme par la volonté du débiteur ou par d'autres causes. Ainsi se justifiera la solution de Dumoulin et de Pothier pour le cas de subrogation de la part du débiteur, et pour tous ceux où ce débiteur aura consenti au changement.

Mais plaçons-nous en dehors de cette hypothèse : il s'agit, soit d'un tiers sans intérêt qui aura jugé bon de rembourser le crédi-rentier, et qui aura obtenu de lui une subrogation conventionnelle, soit d'une caution de la rente qui aura pris l'initiative de la rembourser, soit encore d'un créancier ayant hypothèque après le crédi-rentier, et qui aura voulu écarter cette cause de préférence : quelle raison plausible ces personnes auront-elles de réclamer au débiteur un remboursement immédiat? Vainement, elles lui diront : nous avons géré votre affaire ; nous vous avons débarrassé de l'obligation gênante de servir des arrérages à perpétuité ; remboursez-nous ce que nous a coûté ce bon office. Le débiteur répondra : chacun entend son intérêt comme il veut ; je m'accommodais fort bien de payer annuellement les arrérages plutôt que de faire un remboursement qui m'eût contraint à vendre mes biens. Vous avez fait votre affaire bien plus que la mienne, et je ne vous reconnais pas le droit, fût-ce par intérêt pour moi, de m'enlever une faculté qui m'appartenait. Cessionnaires ou subrogés, vous ne pouvez obtenir de moi plus ni autre chose que ce à quoi m'obligeait mon titre.

Il n'y aura donc en principe aucun changement dans la situation du débiteur : il devra comme il devait, et s'il a la la faculté de rembourser le capital au subrogé, il l'avait déjà par rapport au créancier. Tout ce qu'il y aura de spécial,

Digitized by Google

c'est que si le subrogé a obtenu le rachat pour un prix inférieur à celui que le créancier pouvait exiger, le débiteur pourra se libérer en remboursant le prix déboursé; mais ce n'est pas là, nous le répétons, nier la cession : c'est opposer une déduction, tirée du contrat de mandat ou du quasi-contrat de gestion d'affaires, qui est ou est censé être la cause de cette cession.

10. La question relative à la différence d'intérêts nous arrêtera moins longtemps : en principe, nous admettrons que le subrogé, aussi bien que le cessionnaire, a droit aux intérêts que produisait la créance primitive; la situation du débiteur n'est point aggravée, et aucun droit n'est lésé en sa personne par ce fait que le subrogé a le même droit qu'aurait eu le créancier; rien n'implique de la part du subrogé renonciation à bénéficier de la créance même qu'il acquitte, avec tous les avantages qu'elle procure, du moment où il l'acquitte tout entière. Toutefois, si la subrogation avait lieu à la suite d'une convention avec le débiteur, ou en raison d'une gestion d'affaires bien caractérisée, convention ou gestion d'affaires impliquant engagement envers le débiteur de ne réclamer que l'intérêt légal, il serait fondé à refuser le payement d'un intérêt plus élevé : les effets de la cession ou subrogation seraient, à cet égard, restreints par les relations personnelles du subrogé et du débiteur.

11. Au même ordre d'idées, se rattache encore la différence indiquée à l'égard du tuteur : il lui est interdit d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450); il pourrait au contraire payer pour lui avec subrogation. Au fond, et quant au résultat, cette solution que nous acceptons complétement dans sa conséquence pratique, revient tout simplement à dire que le tuteur cessionnaire, sous un titre ou sous l'autre, d'une créance contre son pupille, ne pourra se faire rembourser que ce qu'il aura réellement déboursé : or, cet effet résulte des obligations générales du tuteur envers le pupille, comme de celles du mandataire envers le mandant. La possibilité de la subrogation tempère la portée de la prohibition établie dans l'article 450; et en effet, cette prohibition, entendue d'une

Digitized by Google

façon trop rigoureuse, tournerait contre le pupille lui-même : le tuteur qui n'aurait pas de fonds pupillaires disponibles, et qui, en payant de ses propres deniers, ne pourrait pas succéder aux garanties de la créance, laisserait souvent poursuivre, au grand détriment du pupille, l'expropriation de ses biens.

Toutes les fois que le tuteur aura une juste cause, tirée soit de l'intérêt du pupille, soit même de son propre et légitime intérêt, comme dans les cas de subrogation légale, de transformer un payement obligatoire en un achat de la créance, il le pourra. Ce qui lui est interdit, c'est d'*accepter* la cession de la part d'un créancier qui mettrait son droit en vente : *Qui venale nomen haberet*. La nuance est délicate, et presque impossible à déterminer en fait; mais si on en fait abstraction, il devient difficile de comprendre comment, par un changement de mots, on peut rendre licite ce qui est défendu; le seul résultat qui donne un sens à la différence, c'est la conséquence pratique que nous avons indiquée. Les expressions de cession ou de payement avec subrogation, signes de l'intention des parties, dénoteront si elles ont entendu faire ce qui est licite ou ce qui est défendu, si le tuteur, en devenant titulaire de la créance, a entendu spéculer envers le pupille ou s'assurer simplement le recouvrement de ses déboursés. Mais ce que ces expressions peuvent faire, d'autres le pourraient également.

12. La différence signalée par quelques auteurs entre la cession des créances et la subrogation, au point de vue de la prescription que pourra invoquer le débiteur originaire contre le cessionnaire ou le subrogé, doit-elle être admise? même admise, serait-elle exclusive de l'idée qui ferait de la subrogation un cas particulier de cession?

Si nous nous plaçons tout d'abord, comme tout à l'heure, dans l'hypothèse d'un mandat donné par le débiteur à celui qui doit désintéresser le créancier, il est facile de reconnaître que le droit du subrogé ne sera prescriptible que du jour de la subrogation, quelque interprétation qu'on adopte quant à la subrogation elle-même.

Le débiteur a donné mandat à une personne, soit d'acquitter la dette, soit de se faire céder le droit du créancier ; dans l'un

Digitized by Google

comme dans l'autre cas, ce mandat implique reconnaissance de la dette, et par suite interruption de la prescription ; bien plus, le mandataire représentant désormais le débiteur, tous les actes de reconnaissance de la dette que fera ce mandataire, jusqu'à l'accomplissement de son mandat, opéreront interruption à l'encontre du débiteur; le dernier acte de reconnaissance émané du mandataire, qui épuise sa mission, est précisément le fait de désintéresser le créancier : l'interruption qui se produit à ce moment, devra désormais lui profiter, puisqu'en même temps il devient lui-même créancier; le débiteur ne pourra donc prescrire contre lui qu'à partir de cette même époque; la solution sera la même, soit que le mandataire se soit fait consentir une véritable cession de la créance, soit qu'il ait fait un payement purement extinctif et sans aucune subrogation : la seule différence entre les deux hypothèses sera que dans le premier cas, l'action à prescrire sera celle du créancier primitif, dans le second ce sera l'action *mandati ;* mais dans l'un comme dans l'autre, le mandat sera la cause qui permettra d'empêcher la prescription.

Supposons au contraire que le tiers qui désintéresse le créancier agisse comme *negotiorum gestor*, sans mandat préalable du débiteur. Son action contre le débiteur, quelle qu'elle soit, sera-t-elle soumise à la prescription qui courait contre l'ancienne créance, ou ne deviendra-t-elle prescriptible que du jour ou le créancier aura été désintéressé ?

Une controverse est possible sur ce point, mais (et ce qu'il nous importe de remarquer), les éléments en sont les mêmes, une fois donnée l'idée de gestion d'affaires, soit qu'il s'agisse d'un payement extinctif, ou d'une cession de créances, ou de l'hypothèse intermédiaire de la subrogation.

Le tiers qui aura désintéressé le créancier pourra dire :

« En achetant les droits d'un créancier prêt à vous poursuivre, j'ai géré utilement votre affaire, aussi bien que si j'avais fait un payement extinctif : de ce moment est née pour moi l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui ne se prescrit qu'à partir du fait où elle prend sa source. Quant à son résultat, cette action se confond avec la créance même que j'ai achetée. Je puis donc exercer l'une ou l'autre pendant trente ans à compter du jour où j'ai versé les fonds et obtenu la cession. »

Digitized by Google

Le débiteur, de son côté, pourra répondre à celui qui se présentera, soit comme cessionnaire dans ces conditions, soit comme ayant fait pour lui un payement extinctif :

« Vous prétendez avoir payé pour moi ou avoir acheté dans mon intérêt, alors qu'elle n'était pas prescrite, une dette qui le serait aujourd'hui sans ce fait : c'est juger la question par la question. Il ne suffit pas, pour invoquer les droits du gérant d'affaires, d'en avoir assumé la qualité; il faut prouver qu'on a réellement géré, et bien géré l'affaire d'autrui; or, rien n'en justifie, et la présomption de libération que fait naître le temps de la prescription subsiste tout entière en ma faveur. Voilà quarante ans, je suppose, que la dette était exigible : depuis lors, ni reconnaissance de ma part, ni assignation ou commandement adressé à ma personne n'ont manifesté à mon égard la persistance de cette dette; elle a donc perdu toute force. Vous alléguez, il est vrai, que vous l'avez payée il y a quinze ans, alors qu'elle n'était pas prescrite; mais cet acte m'est étranger, il ne figure pas parmi les causes qui peuvent interrompre la prescription à mon égard. Vous ajoutez encore que vous ne tenez pas votre droit de la créance primitive, laquelle serait prescrite, mais de l'acte de gestion d'affaires qui l'a éteinte : il n'en est pas moins vrai que, pour démontrer à mon encontre une gestion d'affaires utile, vous devez prouver que vous avez payé une dette réellement existante : or, la portée de la présomption sur laquelle repose la prescription, c'est que, trente ans une fois écoulés depuis l'exigibilité de la dette, sans qu'elle ait été reconnue ou réclamée, cette dette est réputée éteinte antérieurement, et la présomption, par sa nature même, a un effet rétroactif. »

C'est le raisonnement du débiteur qui devra prévaloir; car nulle raison n'exclut alors l'application de la prescription. Quand on invoque la prescription, on se prévaut d'une libération présumée qui se serait opérée dans l'intervalle entre l'exigibilité et la fin de la période de la prescription; mais cette libération hypothétique, que la prescription fait présumer et qu'elle supplée au besoin, ne se place pas nécessairement au jour où la prescription est accomplie; on peut la supposer intervenue à n'importe quel moment depuis l'exigibilité, et de préférence dans les premiers temps qui ont

Digitized by Google

suivi cette exigibilité : car la longueur du temps écoulé tire son influence, non-seulement de ce que le créancier est resté sans réclamer, inaction invraisemblable, si son droit avait conservé sa force, mais aussi de ce que le débiteur a pu perdre la preuve de sa libération effective. Il est donc impossible de dire, quand on se présente comme ayant payé une dette dont l'exigibilité remonte à plus de trente ans, qu'on a véritablement procuré sa libération au débiteur.

Vainement ferait-on cette autre objection : la prescription opère à l'égard d'une dette qui n'est point éteinte par un mode déterminé; dans l'hypothèse prévue, la dette primitive ayant été éteinte par le payement qu'a fait un tiers avant l'accomplissement de la prescription, elle a cessé d'exister, et par suite de servir de matière à la prescription. Nous répondrons facilement : la portée de la prescription est d'anéantir tout droit qui se rattacherait à la créance originaire d'une façon directe ou dérivée. Il faut toujours en revenir à ce point, qu'une fois trente ans écoulés depuis l'exigibilité, sans qu'il y ait eu interruption, la dette et toutes ses conséquences ont disparu quant à celui qui y était soumis.

Au point de vue pratique, l'application de la prescription se justifie encore plus complétement. Un débiteur a payé depuis longtemps sa dette; il l'a payée, supposons-le, au moment même de l'exigibilité. Vingt-neuf ans se sont écoulés depuis lors : le créancier de mauvaise foi, qui voudrait se faire payer une seconde fois, suppose que le débiteur conserve encore la preuve de sa libération; mais il conjecture aussi que, dans quelques années, le débiteur venant à mourir, ses héritiers auront quelque difficulté à retrouver cette preuve : lui suffira-t-il donc, pour bénéficier de cette possibilité et pour échapper à la prescription qui suppléerait à la preuve absente, de s'entendre avec un tiers complaisant, de simuler un payement fait par ce tiers et de le subroger dans ses droits? Ce tiers, pendant trente nouvelles années, pourrait dire aux héritiers : J'ai géré votre affaire; j'ai payé pour vous une dette sur le point de se prescrire, mais non prescrite encore : remboursez-moi. — Singulière gestion d'affaires ! répondront les héritiers. La dette n'eût-elle pas été réellement éteinte, le créancier ne nous poursuivait pas; que ne nous laissiez-vous arriver paisiblement à la prescrip-

Digitized by Google

tion, plutôt que de montrer en notre faveur un zèle indiscret à nous enrichir en payant nos prétendues dettes? Nous, contre qui aucune réclamation ne s'est exercée depuis trente ans et plus, la loi nous autorise à croire que notre dette est absolument éteinte, et nous entièrement libérés[1].

Le système qui écarterait, au bénéfice du subrogé, l'effet de la prescription, fournirait surtout un moyen facile d'échapper à la prescription quinquennale des intérêts. Quand un créancier voudrait faire ce calcul, contre lequel la loi a organisé ses précautions, d'accumuler pendant longues années les intérêts en vue d'accabler soudain le débiteur sous une dette lentement grossie, pour s'emparer de son patrimoine, — il n'aurait qu'à s'entendre de cinq ans en cinq ans avec un tiers complaisant, qui serait censé lui payer les intérêts avec subrogation, et qui, en sa prétendue qualité de gérant d'affaires, ayant déboursé à titre de capital les sommes versées, ne serait pas exposé à la prescription quinquennale. Le débiteur continuerait de s'endormir dans sa négligence, et, sans avoir reçu le moindre avertissement, sans avoir été appelé à reconnaître la dette, se verrait soudain ruiné par l'addition des intérêts au capital : la loi qui le protége aurait été impunément tournée.

En résumé, nous conclurons :

1° Que le subrogé, en l'absence de toute cause d'interruption opérant directement contre le débiteur, est soumis à la même prescription que le créancier primitif;

2° Qu'il échappera seulement à la prescription dans le cas où le débiteur aura reconnu la dette, ou dans le cas où des poursuites auraient déjà été intentées contre lui; dans cette dernière hypothèse, le fait des poursuites aura ce double effet, et d'interrompre la prescription de la créance primitive et, en démontrant l'utilité du payement, de permettre au subrogé d'invoquer personnellement la qualité de gérant d'affaires;

3° Que, dans tous les cas, la solution de la difficulté est complétement indépendante du point de savoir si la subrogation rentre ou non dans la cession de créances.

[1] Comp. en ce sens un arrêt de la Cour de Bourges du 27 mars 1857 D., 57, 2, 164).

Digitized by Google

13. En dehors des modalités discutées jusqu'ici et attachées au fait même des rapports que suppose la subrogation en elle-même, l'effet de cette subrogation est susceptible de limitations diverses, lorsque le subrogé était lui-même tenu, d'une façon ou d'une autre, de l'obligation dont il devient à son tour créancier. Mais il importe de préciser quelle est la cause, et par conséquent l'étendue de ces limitations.

Il y a d'abord des hypothèses extrêmes, les unes où le subrogé a exactement tous les droits qui appartenaient au créancier (sauf les différences pouvant résulter de la considération du mandat ou de la gestion d'affaires), les autres où la loi elle-même restreint à une portion de la dette le recours possible du subrogé.

Dans le cas où un tiers, sans être nullement tenu de la dette, sans aucun intérêt personnel à l'acquitter, se sera fait subroger, il pourra évidemment poursuivre le débiteur pour le tout, et si l'obligation est solidaire, demander le payement intégral à chacun des codébiteurs; il aura le droit d'actionner les cautions, d'exercer l'action hypothécaire même contre les tiers détenteurs, comme aurait pu le faire le créancier lui-même. Étranger à la dette, il avait le droit de devenir cessionnaire de la créance, si le titulaire y eût consenti; aucune raison spéciale à la subrogation ne s'oppose à la production de ces effets de la cession : tout au contraire, la loi le déclare expressément subrogé *dans les droits et actions* du créancier.

Il faut dire la même chose du créancier qui paye un autre créancier préférable à lui en raison de ses priviléges et hypothèques. Vainement alors quelques auteurs ont proposé de restreindre l'effet de la subrogation légale au droit de préférence hypothécaire, et de ne donner ni le recours contre les cautions, ni les droits d'hypothèques existant sur d'autres immeubles non affectés à la créance du subrogé : l'intérêt qui donne lieu à la subrogation, ont-il dit, est celui de lever l'obstacle apporté au plein exercice du droit hypothécaire; son effet doit s'arrêter là. Peu importe le motif pour lequel on acquiert la subrogation : dès lors qu'on l'obtient, on doit avoir tous les avantages d'une cession véritable, si aucune raison spéciale n'y met obstacle. Le cessionnaire, dans cette hypothèse, eût pu faire valoir tous les droits attachés à la créance : le subrogé le peut par conséquent, et le Code

Digitized by Google

lui-même, accordant cette subrogation dans tous les droits et actions, et n'établissant aucune différence entre les cas de subrogation, commande cette solution.

Mais en sens inverse, il est, avons-nous dit, des hypothèses où la loi elle-même limite l'effet de la subrogation. Ainsi, « le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel que pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers; sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet de bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier » (art. 875). De même, d'après l'article 1214, « le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux ».

Il résulte de là que la subrogation légale ne donne à chaque cohéritier que le droit de recourir contre les autres pour leur part et portion (plus la part contributive possible dans la portion de ceux qui seraient insolvables) : une subrogation expresse ajoutée à la subrogation légale ne pourrait même étendre le recours davantage[1]; il faut dire aussi que si le débiteur s'était fait consentir la *cession* en termes formels des droits du créancier, le résultat ne serait pas modifié.

14. Quelle est la raison qui fait ainsi limiter les effets de la subrogation? Tout d'abord, en ce qui concerne la part que doit supporter personnellement celui qui désintéresse le créancier, pas de difficulté : il doit la déduire, parce qu'il en est tenu définitivement. Si l'on voit dans l'opération une

[1] Peut-être ces mots de l'article 875, « même dans le cas où le cohéritier... se serait fait subroger aux droits des créanciers, » ont-ils été écrits dans la pensée que la subrogation n'aurait pas lieu de droit, mais devrait être consentie ou requise, conformément à l'ancienne jurisprudence, ou tout au moins sans préjuger cette question : cependant l'article 874 établit déjà la subrogation de droit au profit du légataire particulier : quoi qu'il en soit, il reste certain qu'une subrogation, même expresse, ne peut donner de recours au delà de la limite indiquée.

Digitized by Google

cession, cette part est éteinte par la confusion, et les codébiteurs en bénéficient (art. 1301).

Mais là ne s'arrête pas la restriction. Soient trois cohéritiers tenus hypothécairement d'une obligation de 3,000, ou trois codébiteurs obligés solidairement pour la même somme, Primus, Secundus et Tertius. — Primus acquitte l'obligation entière; non-seulement il ne pourra réclamer contre les deux autres qu'une somme de 2,000; mais il ne pourra même pas, pour cette somme, invoquer, comme l'eût fait le créancier, l'indivisibilité hypothécaire ou la solidarité, et réclamer l'intégralité, soit à Secundus, soit à Tertius; il devra diviser son recours entre eux. D'où vient cette nouvelle limitation au droit du créancier? On l'explique généralement par la nécessité d'éviter des circuits d'action : mais n'est-ce là qu'une raison d'utilité, ou y a-t-il un droit véritable pour les débiteurs solidaires à ne subir le recours de leur codébiteur que pour leur part et portion?

La question pourrait se dégager en la posant sous une autre forme : un des trois débiteurs solidaires acquitte sa part de la dette, et obtient du créancier sa décharge de la solidarité; puis, il se fait consentir par le créancier la cession de ses droits contre ses codébiteurs solidaires : pourra-t-il agir solidairement contre les deux débiteurs restants pour la portion de la dette conservée?

Il faudra encore répondre négativement, avec l'esprit de la loi, et cette solution nous rapproche du motif que nous recherchons.

Ce motif est : 1° ou bien que le tiers contre lequel s'exercerait le recours aurait à son tour, s'il acquittait la dette, le droit à la subrogation, et par conséquent pourrait revenir contre celui-là même qui invoque cette subrogation contre lui; 2° ou bien qu'il existe d'avance entre les codébiteurs une obligation réciproque de se garantir contre les effets de la dette pour tout ce qui excède leur part contributive. Dans l'un comme dans l'autre cas, le débiteur poursuivi par son codébiteur subrogé fera valoir par voie d'exception le droit qui lui appartient, et limitera ainsi l'effet de la subrogation.

Faut-il accepter ces deux motifs ou s'en tenir à l'un des deux? La solution de la question peut avoir de l'intérêt pour la décision pratique de diverses questions.

Digitized by Google

A notre avis, le premier de ces motifs, à lui seul, serait insuffisant pour justifier la solution, en suivant les règles générales du droit, et il faut par suite recourir au second.

Supposons en effet que les débiteurs solidaires ou les cohéritiers ne soient unis entre eux par aucune obligation personnelle. Le créancier pourra faire remise à l'un d'eux de sa part de la dette, ou recevoir le payement de sa part, et le libérer de la solidarité, puis lui faire cession de ce qui reste de la créance : alors, étant cessionnaire et n'étant plus débiteur envers le créancier, il pourrait incontestablement, pour ce qui reste dû, agir solidairement contre l'un des codébiteurs. Vainement celui-ci opposerait-il qu'à son tour, en payant, il aura droit à la subrogation dans les droits du créancier pour tout ce qui excède sa part contributive : cette subrogation n'est plus possible contre le cessionnaire; toute obligation de sa part envers le créancier a définitivement disparu. Sans doute, il eût été possible que le codébiteur poursuivi, s'il eût payé le premier, eût été subrogé; mais ce n'est qu'une possibilité rétrospective; il a été devancé par un autre : *Potior causa occupantis.*

Le débiteur cédé n'aurait pas à se plaindre, du moment où le cessionnaire ou subrogé n'exercerait pas contre lui des droits plus rigoureux que ceux qui appartenaient au créancier lui-même.

Si donc le subrogé, dans l'hypothèse indiquée, ne peut agir contre son codébiteur que pour la part contributive de celui-ci, si la subrogation expresse et la cession formelle sont impuissantes à lui donner un recours plus étendu, c'est uniquement parce qu'il existe entre eux une obligation personnelle et réciproque de se garantir, pour tout ce qui excède leurs parts respectives : entre les codébiteurs solidaires, c'est le droit au recours mutuel par l'action *pro socio;* entre les cohéritiers, c'est l'obligation de se garantir mutuellement contre toute atteinte à l'égalité : telle est la raison qui limite alors l'effet de la subrogation.

15. De là se déduira la conséquence suivante :

Si celui qui paye, et qui obtient la subrogation, soit légale, soit conventionnelle, n'a contracté aucun lien de droit envers celui contre qui procède la subrogation, il pourra exercer le droit intégral du créancier. Ainsi, une

Digitized by Google

caution désintéressant le créancier pourra agir pour le tout, non-seulement contre le débiteur principal ou solidairement contre tous les débiteurs, s'ils sont plusieurs tenus de cette façon envers le créancier (art. 2030), mais aussi contre les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués à l'obligation; car il était loisible au créancier de faire remise du cautionnement, en conservant son droit hypothécaire, et de céder la créance ainsi garantie à qui bon lui semblait, même à la personne précédemment déchargée du cautionnement; le tiers détenteur ne peut faire valoir aucun lien de droit qui oblige la caution envers lui : il n'aurait à invoquer que la possibilité qu'il aurait eue aussi d'obtenir la subrogation : ayant été devancé, il n'a pas à s'en prévaloir, et ne peut se soustraire à l'effet hypothécaire de l'obligation.

Par la même raison, si de plusieurs tiers détenteurs d'un immeuble hypothéqué, l'un désintéresse le créancier, il aura le plein exercice de la subrogation contre les autres, et son recours s'exercera pour le tout.

Ces deux solutions sont vivement controversées : on considère généralement que les divers tiers détenteurs et les cautions, tous obligés par autrui, doivent partager entre eux l'obligation. Mais rien ne les unit les uns aux autres : dès lors que l'un peut être libéré, alors que les autres restent tenus intégralement, il peut aussi, comme tout tiers, devenir cessionnaire contre eux.

Au contraire, s'il s'agit des rapports mutuels de plusieurs cautions d'une même dette, l'effet de la subrogation sera restreint comme entre codébiteurs solidaires, à raison de l'obligation des cofidéjusseurs de s'indemniser mutuellement (art. 2033).

16. Mais que faudra-t-il décider si, une dette étant à la fois garantie par un cautionnement et par une hypothèque sur un bien entre les mains d'un tiers détenteur, ce tiers détenteur paye la dette? Aura-t-il la subrogation intégrale contre la caution aussi bien que contre le débiteur principal? A s'en tenir aux principes posés jusqu'ici, la subrogation ne devrait recevoir aucune restriction : car le tiers détenteur ne doit rien à la caution. Mais ici intervient un autre élément qui doit faire changer la solution. C'est le créancier lui-même qui est obligé de conserver à la caution, pour le

Digitized by Google

cas où elle payerait, les droits hypothécaires attachés à la créance, et qui ne peut lui enlever le bénéfice de la subrogation éventuelle, à peine de perdre son action contre elle (art. 2037 C. civ.). Si le créancier n'a pas le droit d'enlever à la caution ce bénéfice, même éventuel, il ne peut transférer à autrui son action contre elle, en la privant de ce bénéfice. Le tiers détenteur qui aura vu éteindre son hypothèque, et qui succédera aux droits du créancier, verra donc son recours limité dans une certaine mesure : mais quelle sera cette mesure? Rigoureusement, on pourrait dire qu'il n'aura aucun recours contre la caution. Mais il faut, à ce qu'il semble, concilier ces deux idées, que, si la caution a le droit acquis d'invoquer le bénéfice éventuel de la subrogation, le tiers détenteur a de son côté le droit de faire valoir une subrogation effective. En somme, tous deux sont tenus pour la dette d'autrui, tous deux ont un droit réciproque aux garanties de la créance, le tiers détenteur au bénéfice du cautionnement, puisqu'il est subrogé effectivement, la caution au droit hypothécaire, puisque le créancier était tenu de le lui conserver. Il s'agit de déterminer le point d'intersection de ces droits opposés : la solution la plus naturelle consiste en une égale répartition; le tiers débiteur aura donc recours contre la caution pour la moitié de la dette.

Ainsi, les seules restrictions que rencontre le droit du subrogé, les seules qui puissent le différencier du droit d'un cessionnaire proprement dit, et qui n'excluent nullement l'idée de cession, mais la modifient, consistent : 1° en ce que la subrogation suppose une gestion d'affaires, et par suite limite le recours à la somme réellement déboursée; 2° en ce que des obligations personnelles, soit du chef de subrogé lui-même, soit du chef du créancier, imposeront quelquefois la division de la créance.

17. Cette interprétation de la subrogation résoudra encore une question, qui ne paraît avoir été ni prévue par les auteurs, ni résolue par la jurisprudence, bien que susceptible de se produire en pratique.

Deux débiteurs, Primus et Secundus, se sont obligés conjointement et solidairement envers Tertius pour une somme de 100, par exemple, à raison d'une opération en participation. Pri-

Digitized by Google

mus, commerçant, tombe en faillite; un concordat lui est accordé, aux termes duquel il paye seulement 30 p. 100 à ses créanciers. Tertius qui a conservé, nonobstant le concordat, le droit de poursuivre Secundus pour le tout (art. 545 C. comm.), se fait payer intégralement par ce dernier. Secundus, subrogé aux droits de Tertius, pour combien aura-t-il recours contre Primus? Sera-ce pour 50, pour 30, ou pour 15.

Si on ne se rend pas compte de la nature de la subrogation, on pourra hésiter entre 50 et 15. Ou le concordat, dira-t-on, n'est pas opposable à Secundus, et alors, exerçant son recours pour moitié de la somme payée, il obtiendra 50; ou le concordat lui est opposable, et étant créancier de 50 par l'action *pro socio*, il obtiendra 30 p. 100 comme les autres créanciers, c'est-à-dire 15.

L'une et l'autre solution sont inadmissibles. Tout d'abord, le concordat est opposable à Secundus, car il lie tous les créanciers, ceux qui ont un droit conditionnel comme les autres; Secundus a été représenté au concordat par Tertius, investi de la créance d'où peut naître la sienne.

En désintéressant Tertius, il agira, non comme *negotiorum gestor* ou associé de Primus, mais comme cessionnaire des droits de Tertius : or, celui-ci aurait pu obtenir 30 contre le failli. Primus pourra-t-il objecter que Secundus, tenu personnellement de moitié de la dette, ne peut réclamer que l'autre moitié? Secundus répondra : J'exerce le droit de Tertius, et la seule objection que vous pourriez m'opposer, pour restreindre mon action, c'est le recours que vous auriez vous-même contre moi, après avoir payé Tertius : or, si vous payiez les 30 à Tertius ou à tout autre cessionnaire de son droit, vous n'auriez certainement aucun recours contre moi; car si le concordat diminue vos dettes, il ne peut pas vous faire naître des c rances. L'exercice entier des droits du créancier par le subrogé ne peut ainsi être limité que par l'obligation où le subrogé serait lui-même de rembourser quelque chose.

Par la même raison, si le concordat avait été consenti moyennant un dividende plus élevé que la moitié, par exemple, 70 p. 100, Secundus aurait recours pour 50; car si Primus avait payé 70 au créancier, il n'aurait pu réclamer que 20 à Secundus, resté débiteur pour le complément de la créance.

LÉOPOLD THÉZARD.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LE PROJET DE LOI D'EXTRADITION

SOUMIS AU SÉNAT FRANÇAIS PAR LE GARDE DES SCEAUX[1],

Par M. Charles ANTOINE,
docteur en droit, juge suppléant au tribunal de Rocroi.

§ 1er. — *Notions générales sur l'extradition et sur le projet.*

L'extradition est la remise par un État, dit pays de refuge ou État requis, à un autre État, dit pays requérant, d'un individu mis en prévention ou condamné pour une infraction aux lois pénales de ce second État.

On a discuté sur le fondement juridique de l'extradition et différentes opinions ont été émises.

D'après certains auteurs[2], l'extradition ne devrait jamais être accordée. On devrait appliquer la loi pénale interne à tous les individus prévenus d'avoir commis une infraction quelconque sans distinguer le lieu du délit, parce que tout fait délictueux serait une atteinte aux lois de l'humanité tout entière. Mais, outre qu'il est impossible de définir les droits de l'humanité, on ôterait à la pénalité son caractère essentiel, l'exemple, qui ne se manifeste bien que si la répression se produit au lieu du délit et résulte de l'application des lois de ce lieu, qui mieux que toutes autres sont en rapport avec les mœurs du pays, dont les intérêts sociaux ont été atteints. Enfin on rendrait la répression extrêmement difficile. En effet, la preuve d'un délit ne saurait être mieux et plus facilement administrée que là où il a été perpétré, ce qui a amené Beccaria et d'autres auteurs à dire, avec raison, que le juge du lieu du délit est le juge naturel.

D'après d'autres écrivains, le seul fondement de l'extradition ce seraient les traités[3].

[1] Les données de cette étude sont tirées presque entièrement de nos annotations et du texte du *Traité du droit pénal international pénal*, de M. P. Fiore, professeur de droit international à l'Université de Turin, ouvrage que nous venons de traduire et qui est actuellement sous presse (Paris, Pedone-Lauriel).

[2] Sapey, *Les étrangers en France*, 3e partie, p. 206; Pinheiro-Ferreira, *Revue étrangère*, t. I, p. 65.

[3] Voir notamment Martens, *Droit des gens*, § 63 et Hefter, *Droit international*, § 68.

Digitized by Google

D'après certains jurisconsultes, au contraire, l'extradition serait une obligation dérivant de la loi morale[1].

Enfin, dans un dernier système, le fondement de l'extradition serait l'utilité réciproque des nations[2]. Cette doctrine nous semble la plus satisfaisante. En effet, il n'est rien moins que facile de définir la loi morale ou la loi naturelle, et, aussi bien en droit international qu'en droit interne, rien n'est moins obligatoire qu'une loi qui n'est formulée ni dans un instrument diplomatique ni dans un texte législatif. Mais on peut prétendre que les États sont réciproquement intéressés à se livrer les malfaiteurs, car, s'il est une chose avantageuse pour chaque nation, c'est qu'aucun criminel étranger ne puisse venir se fixer sur son territoire, où par suite de ses instincts mauvais, et du spectacle démoralisateur de son impunité, il constituerait un danger public. Dès lors on ne saurait non plus admettre la doctrine d'après laquelle tout dépendrait des traités, si l'on prétendait dire par là, qu'en l'absence d'une clause formelle de ces actes, le fugitif aurait le droit de venir grossir impunément le nombre des malfaiteurs dans le pays de refuge. Au contraire, cette doctrine serait admissible, si l'on entendait uniquement dire par là, qu'en l'absence de traité, l'extradition serait facultative de la part de l'État requis.

Quoi qu'il en soit, les rapports d'extradition n'ont commencé qu'à partir du moment où les relations entre nations sont devenues fréquentes et pacifiques. Nous ne rencontrons, en effet, de véritables traités d'extradition qu'au XIIIe et XIVe siècles entre les communes italiennes, notamment entre celles de Florence et de Sienne et ensuite entre celles de Florence et de Pistoie[3]; et puis entre la France et la Savoie[4] (traité du 4 mars 1376). Mais ces traités ne se généralisent qu'au XVIIIe siècle. Ce fut alors surtout la France qui prit l'initiative en passant des conventions avec tous les États limitrophes[5], initiative que, du reste, elle n'abandonna pas

[1] Voir notamment Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, t. II, p. 664.

[2] Voir notamment Fœlix, *Droit international privé*, n° 569 et Haus, *Droit criminel*, n° 726.

[3] Arlia, *Convenzioni di estradizione*, p. 14.

[4] Isambert, *Collection des lois*, t. VI, p. 258.

[5] Billot, *Traité de l'extradiction*, liv. I, ch. II, p. 37 et suiv.

Digitized by Google

au XIXe siècle; car depuis 1828 elle n'a cessé de conclure des traités de plus en plus complets avec presque toutes les nations civilisées.

Étant donné ce rôle prépondérant de la France, il est étrange qu'aucune loi relative à l'extradition n'ait été encore promulguée chez nous, tandis que deux puissances voisines, la Belgique et la Hollande, publiaient successivement plusieurs lois relatives à cette matière (lois belges du 1er octobre 1833, du 22 mars 1856, du 5 avril 1868, du 1er juin 1870, du 15 mars 1874;— lois hollandaises du 13 août 1849, du 6 avril 1875); que des pays très-longtemps réfractaires à la remise des malfaiteurs, les États-Unis et l'Angleterre, la réglaient législativement (lois américaines du 12 août 1848, du 21 juin 1860, du 3 mars 1869, du 19 juin 1876; — lois anglaises du 9 août 1870, du 5 août 1873); et qu'enfin une colonie anglaise, le Canada lui-même, édictait une loi sur cette matière (loi du 28 avril 1877).

Cependant, l'Assemblée constituante avait, par décret du 19 février 1791[1], décidé que le comité diplomatique et celui de constitution se réuniraient pour proposer une loi d'extradition[2]. Mais la lutte acharnée que la France eut alors à soutenir contre toute l'Europe détourna l'attention de nos législateurs de cette matière; de telle sorte, que jusqu'aujourd'hui, sauf le décret du 23 octobre 1841 (par lequel le gouvernement impérial se reconnaissait le droit de livrer, même les nationaux), l'extradition n'a été réglée en France que par des circulaires du ministère de la justice, dont les plus importantes sont celles du 5 avril 1841 et du 12 octobre 1875.

Mais le développement rapide de nos relations, en l'absence d'une telle loi, ne tiendrait-il pas à en démontrer l'inutilité? — Nullement, car il est toujours avantageux dans un État libre de voir en toute matière le législateur déterminer les attributions respectives des différents pouvoirs et les droits des particuliers. Du reste, comme le dit très-justement M. Fiore : « Cela n'aurait pas pour effet d'ôter aux traités

[1] Voir *Moniteur* du 20 février 1791.

[2] C'est là le premier document où l'on voit apparaître le mot d'*extradition*.

Digitized by Google

« leur utilité, car la loi servirait uniquement à établir nette-
« ment les principes dont le gouvernement ne pourrait
« s'écarter dans la conclusion des conventions d'extradition,
« qui auraient toujours une base fixe dans les règles consa-
« crées par le législateur relativement aux cas d'extradition,
« et aux garanties accordées aux malfaiteurs fugitifs, règles
« auxquelles le pouvoir exécutif ne pourrait porter aucune
« atteinte[1]. »

Aussi est-ce avec raison, qu'après avoir intérimairement apporté des réformes sérieuses dans la procédure de l'extradition par sa circulaire remarquable du 12 octobre 1875, M. le Garde des Sceaux a, dans la séance du 2 mai 1878, présenté au Sénat un projet intitulé : « *Projet de loi sur l'extradition des malfaiteurs*[2] ».

Ce projet a été, depuis, soumis par le Sénat à l'examen d'une commission, dont l'opinion a été formulée dans le rapport de M. Bertauld, que sa compétence en droit criminel appelait mieux que personne à remplir dignement cette tâche[3].

La Commission a tout d'abord exprimé l'avis que le titre du projet devrait être remplacé par celui de : *Loi sur l'extradition pour crimes et délits* ou de *Loi sur l'extradition.* « Ce titre semble en effet, dit avec raison le rapporteur,
« impliquer que les extradés seront nécessairement des
« malfaiteurs. Or l'extradition ne s'applique pas seulement
« à des condamnés, mais à des accusés, à des prévenus, à
« des inculpés qui peuvent n'être que sous le coup d'un
« mandat d'arrêt. — Sans doute le titre se borne à repro-
« duire une formule traditionnelle; mais cette formule n'est
« pas juridiquement d'une exactitude rigoureuse. »

Le projet est divisé en deux titres. Dans le premier sont formulés les principes généraux reconnus en France et consacrés dans les traités les plus récents. Dans le second, on

[1] *Droit international pénal*, 2e partie, ch. III.

[2] Publié avec l'exposé des motifs au *Journal officiel*, numéro du 1[illegible] mai 1878, p. 5255, 3e col. et pages suiv., annexe n° 241 et suivi des te[illegible] des lois d'extradition : anglaise de 1870, belge de 1874 et hollandaise de 1875.

[3] Voir ce rapport au *Journal officiel*, 16 janvier 1879, p. 292, 1re col.; et 17 janvier, p. 321, annexe n° 547.

Digitized by Google

s'occupe des formalités de procédure antérieures au décret d'extradition, des règles relatives à l'extradition par transit, à la saisie des pièces à conviction, aux commissions rogatoires internationales, aux citations de témoins en pays étranger et à l'envoi des individus détenus en France à l'étranger pour y être confrontés, bref, de presque toutes les matières de droit international pénal réglées dans les traités d'extradition.

§ 2. — *Titre Ier du projet.*

Art. 1er. — On reconnaît tout d'abord au Gouvernement le droit de consentir l'extradion dans les limites fixées par la loi, sous la simple condition de la promesse de réciprocité de la part de l'État requérant. Dès lors, on admet la possibilité de l'extradition, même en l'absence de traités, et l'on consacre un usage avec raison admis depuis longtemps par le gouvernement français. Il n'est pas, en effet, plausible que le pays de refuge doive sa protection au fugitif à raison des infractions qui ne sont pas prévues dans une convention diplomatique. Ce serait lui imposer la protection d'individus souvent aussi dangereux pour ses sujets que pour ceux de l'État requérant.

Mais la condition de réciprocité est-elle essentielle? — Sans doute elle a pour résultat d'étendre le domaine de l'extradition. Néanmoins, il n'est pas, à notre sens, avantageux pour l'État requis de rejeter la demande en l'absence de cette promesse, car c'est lui qui bénéficie surtout de l'extradition. Presque toujours, en effet, le fugitif constitue un danger social pour ce pays, par suite de ses habitudes criminelles et du spectacle de son impunité. On pourrait, il est vrai, toujours l'expulser. Mais cette mesure arbitraire pourrait atteindre aussi bien un innocent qu'un coupable. Aussi, au lieu de recourir à cet expédient consistant à rejeter sur le territoire et au préjudice d'un autre État étranger cet individu présumé dangereux, il serait encore préférable de le livrer à son juge naturel. — Au contraire, quel avantage pour l'État requérant de refuser la réciprocité, sinon celui de donner asile à des malfaiteurs habitués à violer les lois et de les encourager par l'impunité à continuer sur son terri-

Digitized by Google

toire le cours de leurs forfaits? Nous comprenons dès lors qu'un des membres de la commission, M. de Ventavon, ait proposé la suppression de la condition de réciprocité, et nous ne pouvons voir là, avec le savant rapporteur, rien de dangereux pour la France, ni de trop généreux; car si le mieux est que réciproquement les prévenus soient traduits devant leur juge naturel, néanmoins, dans le cas où cette réciprocité n'existe pas, il est encore préférable, au point de vue de l'intérêt national, que les étrangers soient livrés à l'État requérant.

Notons, que dans cet article 1er il n'est aucunement question des traités. Sans doute, on ne pouvait rien décider au sujet des conventions en vigueur, parce que le gouvernement ne saurait les modifier par une loi intérieure. Du reste, d'après l'exposé des motifs, loin de menacer ces actes dans l'avenir, on ne fait que résumer les principes qui, depuis plusieurs années, ont inspiré en cette matière nos négociations.

Il serait néanmoins à désirer que la loi contienne quelques règles pour l'avenir, relativement à la conclusion, à l'interprétation et aux effets des traités d'extradition.

Ainsi, il serait désirable qu'on dise formellement que les traités n'ont pas besoin de la sanction du Parlement[1]. En effet, la loi une fois promulguée, les traités devant être conclus d'après les principes qui y seront formulés (cela d'une façon plus ou moins restrictive, suivant les exigences de la nation contractante), leur présentation devant les Chambres n'aurait pour résultat que de retarder l'application des stipulations qu'ils contiendraient.

Il est vrai que, malgré cette lacune, le rapporteur soutient que la loi nouvelle donnera implicitement au gouvernement le droit de se passer de l'intervention du Parlement; qu'autrement le projet serait sans portée; que du reste le gouvernement belge, en vertu de l'article 1er de la loi de 1874, identique au paragraphe 1er de l'article du projet, conclut

[1] Actuellement (quoiqu'en fait tranchée dans le sens de l'affirmative) en théorie, sous l'empire de la loi organique de 1875, la question est douteuse. — Voir à ce sujet, Robinet de Cléry, *Journal du droit international privé* 1876, numéros de septembre-octobre et de novembre-décembre, et de Vareilhes, *Étude sur l'extradition*, ch. II, p. 45 et suiv.

Digitized by Google

des traités sans les soumettre aux Chambres législatives. Néanmoins, nous persistons à croire qu'il vaudrait mieux, comme dans la loi anglaise du 9 août 1870 (art. 2), formuler nettement le principe et le mettre ainsi à l'abri de toute contestation.

Relativement aux traités, une question de principe qui devrait être tranchée également, c'est celle de savoir s'ils ont des effets rétroactifs. Cette question controversée devrait être résolue affirmativement, comme dans l'article 6 de l'acte anglais de 1870 et dans l'article 6 du traité de 1876 entre la France et l'Angleterre, une des rares conventions diplomatiques où elle soit prévue. En effet, comme le dit fort justement M. Bertauld, dans son rapport, « ... ces traités « (*d'extradition*) ne créent ni le droit de poursuite, ni le « droit de faire exécuter la peine, ils se bornent à lever un « obstacle qui n'est pas établi dans l'intérêt particulier de « l'inculpé ou du condamné, et auquel par suite l'inculpé ou « le condamné n'a pas de droit acquis, » et ne font que servir à déterminer les formalités de la remise du fugitif à son juge naturel.

On indique ensuite qu'on pourra livrer tout individu mis en prévention ou condamné par les tribunaux de la puissance réclamante qui serait venu se réfugier en France ou dans nos colonies, à la condition qu'il ne soit pas français. On admet ainsi une exception reçue dans tous les pays, excepté en Angleterre et aux États-Unis[1], et consacrée dans tous les traités. « Il est admis, lisons-nous à ce sujet dans l'exposé « des motifs, qu'un citoyen rentré dans sa patrie ne peut « être arraché par une accusation venue de l'étranger qui « aura pour effet de le distraire de ses juges naturels. L'ar- « ticle 5 du Code d'instruction criminelle, en permettant au « ministère public de poursuivre à son retour en France tout « Français ayant commis un crime hors du territoire, donne « à la justice répressive les droits dont elle ne saurait être

[1] Il est vrai que l'Angleterre et les États-Unis ont livré quelquefois leurs nationaux, et que les lois d'extradition de ces pays ne mentionnent aucune exception en leur faveur; mais ils ont, même avant d'avoir passé de récents traités où cette exception est mentionnée, souvent refusé l'extradition de leurs nationaux (*Journal du droit international privé*, 1876, p. 425).

Digitized by Google

« dépouillée. Cette disposition rend inutile l'extradition « elle ne permet donc à personne d'échapper à la vindicte « des lois. L'exception appliquée aux nationaux est une ga- « rantie pour le Français, sans être un péril pour l'ordre « social. » Nous croyons néanmoins la doctrine contraire plus juridique. Pour nous, en effet, le juge naturel du prévenu c'est celui du lieu du délit. C'est là que le trouble social a été produit, et c'est là qu'est due la réparation qui, là seulement, pourra être exemplaire. De plus, c'est là que la preuve sera le plus facile et par conséquent la plus complète. Du reste dans les pays civilisés avec lesquels nous avons des relations en matière d'extradition, la répression des délits est entourée à peu près des mêmes garanties. Et puis, après tout, comme le dit fort justement M. P. Fiore : « De « quoi pourrait se plaindre le national? S'il s'est mis sous la « domination d'une souveraineté étrangère, et si, pour avoir « violé la loi de cette souveraineté sur le territoire qui en « dépend, il s'est rendu passible d'être mis en jugement et « d'être condamné, pourrait-il prétendre qu'on ne l'a pas « protégé suffisamment si, par suite des nécessités de la jus- « tice, il a été condamné à réparer le trouble causé à l'ordre « social dans le pays même où il a commis un délit? Il est « certain que, s'il était tombé au pouvoir de la souveraineté « étrangère, il n'aurait pu prétendre être soustrait à la juri- « diction du magistrat territorial pour être jugé par ses « juges nationaux. S'il a réussi à s'enfuir, pourra-t-il donc « ensuite demander à son gouvernement de le protéger au « point d'arrêter le cours ordinaire de la justice? Il n'est du « reste nullement certain que l'intérêt du prévenu soit sau- « vegardé par sa mise en jugement dans sa patrie. En effet, « les garanties de la défense sont notablement diminuées « par suite de l'inévitable nécessité où l'on est de substituer « au débat oral l'information écrite [1] ».

Nous pensons donc qu'il serait honorable pour la France, qui a eu un rôle de capital dans le développement de l'ex-

[1] *Traité du droit international privé*, 2e partie, ch. VII. — Voir, en outre, en ce sens : Kluit, *De deditione profugorum*, p. 32 et 33; Jules Favre, discours, *Moniteur*, 31 mai 1866, p. 656, 4e col.; Calvo, *Droit international*, t. I, p. 529; Bonafos, *De l'extradition*, p. 70; Billot, *Traité de l'extradition*, p. 70; Villebrun, *Loi du 27 juillet* 1866, p. 110.

Digitized by Google

tradition de donner l'exemple, d'une innovation conforme aux vrais principes de la matière, en permettant la remise du national.

Quoi qu'il en soit, en admettant le principe contraire, nous pensons qu'on devrait insérer dans la loi une disposition analogue à la clause du traité de 1876 avec la Grande-Bretagne (art. 2), aux termes de laquelle l'individu naturalisé depuis la perpétration du délit qui sert à motiver la demande demeure passible d'extradition.

L'individu requis, sans être le national du pays de refuge, peut être le national d'une puissance tierce. Ce cas n'est pas prévu dans la loi, bien qu'il le soit dans presque tous les traités conclus avant 1870. Il nous semble que, logiquement, en admettant l'exception en faveur du national français, on devrait admettre aussi, comme dans certains traités, le droit pour l'État tiers d'obtenir préférablement à tout autre l'extradition de son national, à la suite de l'avis qui lui serait donné de la demande originaire.

Enfin, on déclare que l'extradition pourra être accordée à raison de faits délictueux commis sur le territoire d'une puissance tierce dans les cas où, aux termes de la loi française, des poursuites sont autorisées en France contre un étranger dans les mêmes circonstances. On se réfère ainsi aux crimes énumérés dans l'article 7 du Code d'instruction criminelle, tels que contrefaçon du sceau de l'État, des monnaies ou billets nationaux, en un mot aux cas dans lesquels il y a lieu d'admettre une dérogation à la règle de la territorialité en matière de juridiction pénale, pour la raison que les intérêts lésés sont surtout (contrairement à ce qui existe le plus souvent) ceux d'une autre souveraineté que celle du lieu du délit.

Art. 2. — Dans cet article, contrairement aux dispositions des lois d'extradition anglaise, belge, hollandaise et canadienne et de tous les traités, on n'a dressé aucune liste des crimes et délits. On se contente de reproduire en partie une clause insérée à la suite des nomenclatures du plus grand nombre des traités conclus par la France depuis 1870 (notamment avec la Belgique, 1874, art. 2 *i, f*), et aux termes de laquelle peuvent donner lieu à l'extradition tous les faits passibles, d'après la loi française, des peines crimi-

Digitized by Google

nelles ou des peines correctionnelles dont le maximum est de deux ans au plus, ainsi que la complicité et la tentative de ces faits quand elles sont punissables d'après la loi française. « Dans les conventions, est-il dit avec beaucoup de justesse « dans l'exposé des motifs, les négociateurs, placés en pré- « sence de qualifications différentes, et cherchant vainement « à établir entre elles une concordance, se trouvent amenés à « procéder par énumération; mais l'insertion d'une nomen- « clature dans la loi fondamentale n'était pas commandée « par les mêmes nécessités.— Il a semblé utile de poser une « limite assez large pour donner aux négociateurs la facilité « d'obtenir des puissances étrangères l'extradition de tous « les crimes. Le même motif a fait écarter la pensée de pro- « céder dans la loi à une énumération des délits; pour ceux- « ci comme pour les crimes, la qualification légale se trouve « nettement déterminée par la nature même des peines « édictées. Toutefois, il était nécessaire de mettre en dehors « de l'extradition les délits qui sont passibles d'un empri- « sonnement dont le maximum n'est pas supérieur à deux « ans. Cette limitation était une conséquence d'une des dis- « positions de nos lois : d'après l'article 113 du Code d'in- « struction criminelle (loi du 14 juillet 1865), la mise en « liberté est de droit cinq jours après l'interrogatoire, en « faveur des prévenus ayant un domicile en France et non « récidivistes, quand le maximum de l'emprisonnement « déterminé par la loi est inférieur à deux ans. Pouvait-on « étendre l'extradition à des inculpés dont la minime culpa- « bilité ne justifie pas même la détention préventive ?

« N'eût-il pas, d'ailleurs, été trop rigoureux de rechercher « jusqu'en pays étranger, de soumettre à une détention « provisoire, dont la durée peut être assez longue, et à un « transfèrement pénible, un individu qui n'est passible que « d'une peine relativement peu élevée? Les frais qu'entraîne « l'extradition ne seraient plus proportionnés à l'intérêt de « la répression et de l'exemple. »

Il nous semble que ces raisons auraient dû conduire les rédacteurs du projet à indiquer, dans le cas où il s'agirait au lieu de prévenus de condamnés, la quotité de la peine prononcée pouvant entraîner l'extradition, ainsi que du reste elle est indiquée dans les traités auxquels ils empruntaient en

Digitized by Google

partie cette clause (soit un mois ou deux mois, suivant les conventions).

En parlant de la complicité et de la tentative, les rédacteurs se sont bornés à appliquer les principes du Code pénal, aux termes desquels les complices sont punis comme les auteurs principaux, tandis que les tentatives ne sont réprimées que lorsqu'elles ont pour objet des crimes et par exception certains délits déterminés.

Notons que la commission du Sénat a proposé de compléter le projet, en déclarant l'article 2 applicable non seulement au cas où il s'agirait d'accorder, mais à celui où il s'agirait de réclamer l'extradition, les mêmes raisons pouvant être invoquées dans les deux cas.

Enfin, on pose le principe que les militaires, marins ou assimilés pourront être extradés uniquement pour les délits de droit commun. C'est là un principe admis depuis 1830 en France, qu'on ne saurait livrer les déserteurs. En effet les délits militaires sont des atteintes à des intérêts moins généraux que les délits de droit commun, à des intérêts éminemment nationaux, par suite souvent contraires à ceux du pays requis. Du reste l'individu qui abandonne lâchement le drapeau de son pays n'est pas nécessairement dangereux pour le pays qui l'accueille. Il va sans dire du reste, que cette disposition, malgré sa généralité apparente, ne s'applique pas à la remise des matelots déserteurs, qui est régie par des principes spéciaux et fait l'objet de nombreuses stipulations spéciales entre États. Cette remise en effet est nécessitée par les intérêts de la navigation. Néanmoins il eût été préferable de voir formuler une disposition à ce sujet comme dans la loi d'extradition hollandaise de 1875 (art. 24), aux termes de laquelle cette remise continue à être régie par des règles spéciales.

Art. 3. — Dans cet article, d'après le projet du gouvernement, on énumérait quatre cas dans lesquels l'extradition ne devait pas être accordée. La commission du Sénat a remanié cet article, afin de régler aussi bien l'hypothèse où le gouvernement serait requérant que celui où il serait requis, et, au lieu de quatre cas, elle en a prévu cinq.

Les trois cas où l'extradition ne peut être ni requise ni accordée sont les suivants :

Digitized by Google

1° Lorsque l'individu réclamé s'est réfugié sur le territoire de son pays. Le principe de cette exception posé dans l'article 1er, a déjà fait l'objet de notre examen.

2° Lorsque les crimes ou délits ont un caractère politique. On n'a fait là que consacrer un principe à bon droit toujours respecté par le gouvernement français depuis 1830 et aujourd'hui incontesté en jurisprudence internationale. « Les « crimes politiques, disait fort justement dans sa circulaire « du 5 avril 1841 M. le garde des Sceaux, Martin du Nord, « s'accomplissent dans des circonstances si difficiles à « apprécier; ils naissent de passions si ardentes, qui sou- « vent sont leur excuse, que la France maintient le prin- « cipe que l'extradition ne doit pas avoir lieu pour fait po- « litique. »

Pas plus que dans les lois étrangères et que dans les traités d'extradition, on ne trouve dans le projet la définition du délit politique. C'est en effet un délit si complexe que chaque cas doit être apprécié en fait, et qu'une généralisation est fort difficile, sinon impossible. On ne parle pas non plus des faits connexes aux délits politiques; cependant une clause à ce sujet existe dans la plupart des traités d'extradition passés par la France, et avec raison, à cause justement du caractère si souvent complexe du fait politique, et à cause du danger qu'il y aurait de livrer un réfugié plutôt à un ennemi qu'à un juge, qui sous le prétexte de punir un délit de droit commun, réprimerait l'acte politique. Il va de soi du reste que, même dans le silence de la loi, en raison des principes de la matière, le cas de délit connexe devrait être considéré comme implicitement prévu.

Un autre point sur lequel notre projet ne renferme aucune solution, c'est celui des attentats contre le Chef de l'État ou contre les membres de sa famille. Cependant, depuis 1856, à la suite d'un attentat contre Napoléon III, une clause aux termes de laquelle ces attentats, constituant les crimes de meurtre, d'assassinat ou d'empoisonnement, doivent toujours donner lieu à l'extradition, a été insérée dans un grand nombre de traités conclus par la France, et notamment dans celui avec le Danemarck (1877). Néanmoins, il nous semble que c'est avec raison qu'elle n'est pas reproduite dans le projet; le crime dont il s'agit devant, dans certains cas, être consi-

Digitized by Google

déré comme un crime politique et être apprécié d'après les principes admis au sujet des faits de cette nature.

3° Lorsque la prescription de l'action ou de la peine est acquise, aux termes soit des lois françaises, soit des lois étrangères, antérieurement à la demande. Cette solution est consacrée dans la plupart des traités. Toutefois elle n'est pas, à notre sens, très-juridique, car la prescription doit être appréciée aux termes de la loi pénale applicable, qui est uniquement celle du pays requérant, puisque l'extradition a pour effet de faire comparaître le prévenu devant les tribunaux de ce pays, ou de rendre possible l'exécution d'une sentence émanée de ces mêmes tribunaux. En effet, la prescription, soit de l'action, soit de la peine, constitue une restriction à la pénalité ; dès lors, cette restriction ne saurait être appréciée que d'après la loi pénale applicable ou appliquée.

Outre l'exception relative à la prescription, le prévenu pourrait soulever une exception de nature à exclure la criminalité du fait délictueux (par exemple la légitime défense). Ce cas n'est pas prévu dans le projet, mais la solution n'est pas douteuse, d'après les principes de la matière. Cette exception ne serait pas admissible, parce que le jugement définitif appartient aux tribunaux du lieu du délit.

Les deux cas où l'extradition ne saurait être accordée, sont les suivants :

1° Lorsque les crimes ou délits qui motivent la demande ont été commis en France, parce qu'alors la juridiction appartient aux tribunaux français ;

2° Lorsque les crimes ou délits, quoique commis hors de France, y ont été jugés définitivement. Cette disposition s'appliquera dans les hypothèses prévues par l'article 7 du Code d'instruction criminelle. Il serait, en effet, généralement inique de traduire un individu successivement devant deux juridictions, à raison du même fait.

Art. 4. — Notons tout d'abord que, dans cet article, le gouvernement ne prévoyait formellement que le cas où il serait requis : la commission l'a étendu à celui où il serait requérant. On y formule la règle, consacrée dans presque tous les traités, que l'extradé ne pourra être poursuivi pour une infraction antérieure à l'extradition, qu'à la suite

Digitized by Google

d'une autorisation demandée par l'État requérant à l'État requis, dans les mêmes formes que l'extradition elle-même. Notons que c'est là une des conditions essentielles de l'extradition, pour en garantir la sincérité et empêcher que le prévenu ne soit poursuivi à raison d'un délit politique. — Mais il est une énonciation de l'exposé des motifs qui, malgré nous, nous a surpris ; quand on y affirme qu'à dessein, dans cet article, on a omis une clause insérée dans certains traités, notamment dans celui de 1869, avec la Bavière, et, aux termes de laquelle l'extradition pourrait être étendue, par l'effet du consentement exprès et volontaire de l'inculpé, communiqué au gouvernement requis, sous le prétexte que la déclaration de l'accusé pouvait ne pas sembler suffisamment libre, ou suffisamment éclairée. En effet, nous ne comprenons pas qu'une fois le prévenu traduit devant ses juges naturels, on puisse l'empêcher de se faire juger pour toutes les charges d'accusation qui pèsent sur lui. C'est là pour lui, un droit indéniable, aussi sacré que ceux de la défense. Il peut, en effet, avoir intérêt à purger sa contumace sur tous les faits qui lui sont reprochés, afin notamment de pouvoir, sans être inquiété, séjourner dans son pays, après son acquittement ou après avoir subi sa peine.

Dans l'exposé des motifs, on affirme que l'extradé pourra être jugé pour les délits connexes au fait qui a motivé l'extradition. Pourquoi alors, ne l'avoir pas mentionné dans la rédaction de l'article 4 comme dans un certain nombre de traités, notamment dans celui de 1870, avec l'Italie (art. 9), surtout lorsqu'on se trouve en présence d'un texte en apparence aussi formel et aussi limitatif que le paragraphe 1er de l'article 4? Il est vrai qu'on a ensuite reconnu implicitement ce principe, en l'appliquant dans l'article 6, dont il est parlé plus loin.

Néanmoins, après le délai d'un mois, à partir de son élargissement définitif, le prévenu pourra être jugé pour les délits antérieurs à son extradition. Il est en effet présumable que, pendant ce délai, il aura eu le temps suffisant pour retourner dans le pays qui l'a livré et que son séjour ultérieur est une sorte de renonciation à la protection de cet État.

Qu'il nous soit permis de dire, au sujet des délits anté-

Digitized by Google

rieurs à la demande, que si nous comprenons que l'extradition ne soit pas accordée à raison de méfaits de faible importance, pour lesquels la détention et le transport à l'étranger du prévenu ou du condamné serait hors de proportion avec l'intérêt social à protéger, nous ne pouvons comprendre l'intérêt qui engage l'État requis à ne livrer le prévenu ou le condamné qu'à la condition qu'il ne sera poursuivi pour aucun fait délictueux non prévu dans la loi d'extradition ou dans le traité. Est-ce pour apprendre à cet étranger, aussi bien qu'à ses propres sujets, qu'on peut, en passant la frontière, se décharger d'une partie de la responsabilité pénale qu'on a assumée ? Aussi, voudrions-nous, qu'aussi bien aux termes des traités que des lois d'extradition, l'individu requis puisse être passible de poursuites dans l'État requérant pour toutes autres infractions de droit commun quelconques, à la condition que ces chefs accessoires soient indiqués dans la demande ou bien que, postérieurement, ils soient portés à la connaissance de l'État requis, afin que cet État soit bien certain que l'individu réclamé ne sera pas poursuivi à raison de délits politiques ou de délits qui ont déjà fait l'objet sur son territoire d'une sentence de condamnation ou d'acquittement.

Art. 5. — Dans cet article on dispose, comme dans la loi d'extradition hollandaise de 1875 (art. 6), qu'en principe, l'étranger qui subit une peine corporelle en France, ne sera livré qu'après avoir expié cette peine ; que toutefois il pourra être livré intérimairement, pour être jugé à l'étranger. De plus, on assimile à l'individu condamné pour délit, l'étranger soumis à la contrainte par corps pour condamnations pécuniaires ou pour frais du procès pénal. Cette disposition est entièrement juridique. En effet, avant de répondre du fait qui lui est reproché à l'étranger, il est juste que l'individu extradé subisse la peine encourue pour violation de la loi du pays requis. Mais, nous voudrions que la remise intérimaire, au lieu d'être *facultative* soit *obligatoire*. En effet, l'État requis n'a aucun intérêt à la refuser, tandis que l'État requérant a un grand intérêt à juger le coupable, avant que les moyens de preuve n'aient disparu et que la prescription ne soit acquise.

Disons, en passant, que le projet ne reproduit pas une

Digitized by Google

clause insérée dans de nombreux traités, et d'après laquelle les obligations contractées envers les particuliers ne peuvent être un obstacle à l'extradition, parce que l'intérêt public doit primer l'intérêt privé. Sans doute, relativement du moins à la France, cette clause est sans importance, puisque chez nous la contrainte par corps, relativement aux obligations envers les particuliers, est abolie.

Art. 6. — Dans cet article, on prévoit le cas où le gouvernement français, ayant obtenu la remise d'un fugitif, une puissance tierce, à son tour, demanderait à notre gouvernement l'extradition de ce même individu, à raison d'un autre fait que celui jugé en France, ou à raison d'un délit non-connexe à ce même fait. On décide qu'à moins que cet individu n'ait pas, dans le délai d'un mois après son élargissement, quitté la France (cas où il est présumé avoir renoncé à la protection de l'État qui l'a livré), le gouvernement français ne pourra consentir à l'extradition qu'après s'être assuré du consentement de l'État qui l'a livré. — Cette solution dans un cas, assurément peu usuel, est fort juridique. En effet, l'individu de nouveau requis étant resté, eu égard aux faits autres que ceux qui ont motivé sa remise, sous la protection de l'État qui l'a livré, l'État requis en second lieu n'est qu'un intermédiaire officieux entre cet État et la nation tierce.

Mais il pourrait se faire, qu'au lieu d'être adressée après que l'extradition a été accordée, la demande de l'autre nation soit faite concuremment avec celle de l'État requérant. Ce cas (contrairement au précédent) prévu dans les traités français, n'est pas mentionné dans le projet. Il nous semble que, par application des principes posés dans l'article 6, le législateur aurait dû régler la question, en insérant dans la loi la clause suivante, qui figure dans les traités avec l'Italie, avec la Bavière, et avec la Suisse : « Dans le cas de « réclamation du même individu de la part de deux États « pour crimes distincts, le gouvernement requis statuera en « prenant pour base la gravité du fait poursuivi ou les faci- « lités accordées pour que l'inculpé soit restitué, s'il y a « lieu, d'un pays à un autre, pour purger successivement « les accusations. »

CH. ANTOINE.

(*La suite prochainement.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

CONFÉRENCES SUR L'ADMINISTRATION ET LE DROIT ADMINISTRATIF,

FAITES A L'ÉCOLE DES PONTS ET CHAUSSÉES,

Par M. Léon Aucoc, Président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

Tomes Ier et II (2e édition.)

Compte rendu par M. Edmond David, conseiller d'État.

Les trois premiers volumes des Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites par M. Aucoc à l'École des ponts et chaussées, ont été publiés successivement et pour la première fois, en 1869, 1870 et 1876, et le succès qu'ils ont obtenu ne laisse désormais plus de place à l'éloge. Le savant auteur, sollicité par les occupations considérables et multiples de ses hautes fonctions, n'avait pu achever le quatrième volume qui doit compléter l'ensemble de son enseignement, que déjà l'empressement du public l'obligeait à donner une seconde édition des deux premiers volumes. C'est de cette nouvelle publication que nous nous proposons d'entretenir aujourd'hui les lecteurs de cette Revue.

Le tome Ier est consacré à l'organisation des pouvoirs publics; c'est, en effet, l'introduction indispensable à toute étude sérieuse des matières du droit administratif.

Le compte rendu de la première édition a été fait, en son temps et à cette place, par une plume plus autorisée que la nôtre.

Depuis lors, des changements profonds sont survenus dans nos institutions politiques et, sur certains points spéciaux, dans notre organisation administrative.

Le pouvoir législatif, qui avait résidé exclusivement dans une assemblée souveraine, de 1871 à 1875, est désormais partagé entre deux Chambres, dans des conditions qui ont été déterminées par les lois constitutionnelles de 1875, et qui ne laissent au Président de la République, chef du pou-

Digitized by Google

voir exécutif, d'autre immixtion dans l'œuvre législative que le droit d'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres, la faculté de provoquer une nouvelle délibération de ces assemblées sur les lois par elles votées, et, finalement, le soin de promulguer ces lois.

Le Conseil d'État ne pouvait, sous ce régime, retrouver le rôle essentiel que la Constitution de 1852 lui avait attribué dans la rédaction des lois, et qui n'était que la mise en œuvre du droit d'initiative qu'elle donnait tout entier au Chef de l'État. La loi du 24 mai 1872, qui a réorganisé le Conseil d'État, limite désormais son intervention aux projets de loi qui lui sont renvoyés par les Chambres ou par le Gouvernement. Quant à ses attributions administratives et juridictionnelles, elle les a maintenues dans leur ensemble; mais en lui conférant, pour ces dernières, un pouvoir propre, elle était naturellement amenée à lui enlever le jugement des conflits entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, pour le confier à un tribunal spécial qui, par sa composition, offrît des garanties de complète impartialité entre ces deux autorités.

Enfin l'administration des intérêts locaux n'est pas restée en dehors du mouvement législatif de ces dernières années. Il en a été surtout ainsi pour l'administration départementale. L'œuvre de décentralisation entreprise et poursuivie par les lois du 10 mai 1838 et du 18 juillet 1866 a été continuée, sinon définitivement achevée, par la loi du 10 août 1871 qui, non-seulement augmente le droit d'initiative et les pouvoirs propres que les conseils généraux tenaient de ses devancières, mais encore établit dans leur sein, par la création de la commission départementale, un organe nouveau destiné à assurer la permanence de leur direction et de leur contrôle sur la gestion des intérêts qui leur sont confiés, et même à exercer certaines attributions qui appartenaient précédemment au préfet sur des affaires d'intérêt purement communal. A ce développement des libertés locales, la loi oppose un contre-poids dans les moyens qu'elle donne au Gouvernement pour obtenir la répression de leurs écarts ou de leurs abus.

Sur ces différents sujets, M. Aucoc ne se borne pas à exposer la législation nouvelle, il la rapproche de la pré-

Digitized by Google

cédente pour en bien faire ressortir l'esprit et la portée; enfin, s'aidant d'une jurisprudence à laquelle il a personnellement contribué pour l'application de la nouvelle loi départementale, il précise avec un soin particulier les conditions et les formes dans lesquelles s'exerce aujourd'hui le contrôle du Gouvernement sur les actes des conseils généraux et des commissions départementales.

Quant à la juridiction administrative, qui est comme la partie maîtresse de ce livre, elle a traversé, sans aucune atteinte, l'épreuve de notre nouveau régime politique, et il n'est que juste d'attribuer ce privilége non-seulement aux mérites qui lui sont propres, mais aussi aux remarquables écrits qui, dans ces dernières années, les ont mis en pleine lumière. On sait l'influence considérable qu'ont eue, en ce sens, les conférences de M. Aucoc, pour répandre la notion exacte du rôle essentiellement modérateur de cette institution dans l'œuvre si complexe de l'administration française. M. Aucoc ne pouvait que reproduire ses doctrines, devenues classiques, sur le contentieux administratif, sur l'interprétation des actes administratifs, et sur les recours pour excès de pouvoirs; il n'a pas négligé, toutefois, de montrer les applications nouvelles et souvent fort intéressantes qu'en ont faites, dans les dernières années, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État.

Si la création d'une juridiction spéciale pour connaître des litiges administratifs était la conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs entre les deux autorités administrative et judiciaire, elle ne suffisait pas pour assurer l'indépendance de la première vis-à-vis de la seconde. Des deux garanties instituées dans ce but par la Constituante : droit pour l'administration de revendiquer, devant les tribunaux judiciaires, le contrôle de ses propres actes par la voie du conflit, d'une part, nécessité de son autorisation préalable pour introduire en justice des poursuites contre ses agents, d'autre part, la seconde a été abrogée par le décret-loi du 19 septembre 1870. Cette abrogation a-t-elle eu pour effet de mettre à néant, pour les instances dirigées contre les fonctionnaires publics, la prohibition faite à l'autorité judiciaire par la loi du 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, de connaître

Digitized by Google

des actes administratifs, et, par conséquent, le droit corrélatif pour l'administration de revendiquer la connaissance de ses actes par la voie du conflit? La question, tranchée d'abord négativement par un arrêt de la chambre des requêtes, en date du 3 juin 1872 (Meyère), a été résolue en sens contraire par le Tribunal des conflits dans de nombreuses décisions dont la première est du 26 juillet 1873 (Pelletier). M. Aucoc en appuyant la jurisprudence du Tribunal des conflits, fait d'ailleurs remarquer qu'il ne faut pas confondre les actes administratifs proprement dits avec les faits personnels des agents de l'administration. C'est seulement aux premiers que s'applique l'incompétence de l'autorité judiciaire, sauf les cas d'exception déterminés par la loi, et cette immunité ne saurait être étendue aux actes de négligence, d'imprudence et notamment aux délits et quasi-délits que les fonctionnaires publics pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions. C'est, du reste, ce qu'ont reconnu, à plusieurs reprises, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation. Cette distinction est parfois d'une applition délicate. Il peut être difficile de discerner dans un acte administratif, les éléments essentiels de cet acte protégés par l'exception d'incompétence, des faits accessoires qui s'en peuvent détacher pour être soumis aux règles du droit commun à raison de leur caractère délictueux ou dommageable. M. Aucoc relève plusieurs espèces où cette difficulté s'est présentée soit, en 1871, devant la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État, soit devant le Tribunal des conflits, en 1877, et tout en admettant des réserves sur les solutions qui ont alors prévalu, il estime, et c'est sa conclusion, que le décret du 19 septembre 1870, interprété comme il l'a été par le Tribunal des conflits, « a « fait disparaître les abus dont ses auteurs cherchaient à « prévenir le retour, sans compromettre le principe de la « séparation des pouvoirs. »

Le tome II des *Conférences* a un caractère plus spécial que le premier. Il ouvre, en effet, la série des matières administratives qui rentrent dans la sphère d'application des ingénieurs des ponts et chausséees. Mais ces matières sont précisément les plus importantes du droit administratif; il n'en est point, d'ailleurs, dans lesquelles les rapports de l'admi-

Digitized by Google

nistration avec les tiers soient plus constants et plus nombreux, et qui présentent, par conséquent, un intérêt plus général.

Après avoir exposé l'organisation et les attributions des autorités administratives préposées à la direction des travaux publics, et spécialement du corps des ingénieurs des ponts et chaussées dont il retrace l'histoire, M. Aucoc présente un résumé des notions fondamentales du droit civil qui doivent fournir à ces fonctionnaires la règle de leur conduite vis-à-vis des tiers, dans tous les cas où les textes législatifs et les contrats qu'ils sont chargés d'appliquer n'y ont pas expressément dérogé. C'est à la suite de ce préambule qu'il aborde les matières spéciales de son enseignement.

Le service des ponts et chaussées comprend deux grandes divisions : la voirie terrestre, et le service des eaux. Mais les travaux publics qui se rapportent à l'une ou à l'autre de ces deux branches du service, étant soumis aux mêmes règles, M. Aucoc a dû traiter d'ensemble ce sujet auquel il consacre le surplus de son second volume, les troisième et quatrième devant être réservés aux règles spéciales de la voirie et des eaux. Il étudie cette intéressante matière des travaux publics sous ses différentes faces, au point de vue des finances publiques, des divers modes d'exécution et notamment des diverses sortes de contrats qu'elle comporte (marchés, concessions, offres de concours), et des rapports qui s'établissent à son occasion entre l'administration et les tiers, soit que les travaux nécessitent la dépossession de leurs immeubles, soit qu'ils leur causent tous autres dommages, soit enfin qu'ils leur procurent des bénéfices ou plus-values. On remarquera spécialement parmi les parties de l'ouvrage qui ont été le plus retouchées dans cette deuxième édition, le chapitre consacré au commentaire de la loi de 1865 sur les associations syndicales. La série des règles communes à tous les travaux publics est complétée par celles qui sont particulières aux travaux mixtes, ainsi nommés parce que l'autorité militaire est appelée à se concerter avec les autorités civiles, afin de sauvegarder l'intérêt de la défense nationale qu'ils pourraient compromettre à raison de leur situation dans un certain rayon autour des enceintes fortifiées et dans l'étendue de la zone frontière qui ont été déterminés en der-

Digitized by Google

nier lieu par les décrets réglementaires du 3 mars 1874 et du 3 septembre 1878. En lisant ce chapitre, on aperçoit que, sur ce point généralement peu connu, M. Aucoc a aussi une expérience toute spéciale comme président de la commission mixte des travaux publics.

Dans toutes les parties de son ouvrage, le savant auteur, fidèle à sa méthode, ne se contente pas de formuler les principes et les règles avec cette précision qui prévient le doute et défie la critique, il leur donne encore le mouvement et la vie par des exemples habilement choisis dans les arrêts du Conseil d'État. C'est ainsi que, animant la théorie par la pratique, il a su transmettre au livre le souffle communicatif de l'enseignement oral.

M. Aucoc fait suivre à ses lecteurs, comme à son auditoire, la marche incessante de la jurisprudence, ses progrès et, le le cas échéant, ses changements, heureusement fort rares, car on n'en peut guère relever qu'un seul de quelque imporportance dans le cours de ses deux premiers volumes, c'est celui qui s'est produit sur la question de compétence pour les dommages causés aux personnes par suite d'accidents dans l'exécution des travaux publics. Les questions de compétence sont toujours dans cet ouvrage, il est bon de le signaler, l'objet d'une étude particulièrement approfondie.

Et ce qui précisément fait le caractère propre des conférences de M. Aucoc, ce qui leur assure une place unique dans l'enseignement du droit administratif qui a été récemment l'objet de traités remarquables, c'est qu'elles montrent la part vraiment essentielle qu'a eue, dans la formation et le développement de cette branche de notre droit, la jurisprudence du Conseil d'État, et qu'elles témoignent, par cela même, de la sagesse et de la solidité de cette œuvre traditionnelle qui s'est poursuivie sans entraves depuis le commencement du siècle et à laquelle leur auteur a été intimement associé en dernier lieu pendant une période de plus de vingt-cinq années. Il lui appartenait donc tout particulièrement, à ce titre, d'en faire ressortir l'esprit général et les nuances les plus délicates, et c'est un nouvel et éclatant service qu'il aura rendu ainsi tout à la fois à la science et à la justice administratives.

EDMOND DAVID.

Digitized by Google

TABLEAU COMPARATIF DES LOIS SUR LES BREVETS D'INVENTION EN FRANCE ET DANS LES NEUF PAYS LES PLUS IMPORTANTS

Par M. Émile Barrault, ingénieur-conseil.

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Grâce au développement de l'esprit d'invention, les lois sur les brevets d'invention acquièrent chaque jour plus d'importance. D'un autre côté, par suite de l'augmentation croissante des relations commerciales et industrielles entre les peuples, il ne suffit pas aux inventeurs d'être protégés dans leur pays; il leur est indispensable, s'ils veulent jouir d'une protection véritablement efficace et fructueuse, d'obtenir des brevets dans tous ou dans presque tous les États. Aussi est-il peu de matières pour lesquelles la connaissance des législations étrangères est à un égal degré nécessaire aux jurisconsultes et aux praticiens. Pour leur permettre d'acquérir facilement des notions générales sur les principales lois, M. Barrault a eu l'excellente idée de présenter dans un tableau synoptique les principes les plus importants des lois sur les brevets de la France, de l'Allemagne, de l'Angleterre, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de l'Italie, de la Russie et de la Suède. Les renseignements précieux fournis par ce tableau sur les lois de chacun de ces pays sont relatifs spécialement à la durée des brevets, aux formalités à remplir pour se les faire délivrer, aux taxes, aux inventions brevetables et non brevetables, aux causes de nullité et de déchéance, aux cessions et aux licences, à la publicité des brevets et des spécifications. Enfin cet intéressant tableau se termine par une statistique des brevets délivrés dans chaque pays durant les douze dernières années.

Ce tableau répond très-bien au but de l'auteur qui possède d'une façon remarquable les lois des principaux pays sur cette si importante branche de la propriété industrielle. Aussi, après avoir publié en 1877, une première édition de son tableau, M. Barrault a dû en faire paraître une seconde au

Digitized by Google

mois de septembre dernier. Cette édition nouvelle a été mise par l'auteur au courant des dernières lois sur les brevets ; ainsi pour l'Espagne l'auteur a eu le soin d'analyser la loi du 30 juillet 1878. Nous regrettons seulement qu'il n'ait pas fait disparaître quelques petites inexactitudes qu'il avait laissé échapper dans la première édition. Ainsi il attribue à la loi allemande la date du 1er juillet 1877, alors qu'elle est du 25 mai 1877 ; il est vrai seulement que c'est le 1er juillet qu'elle est entrée en vigueur. Pour le même pays, M. Barrault commet une erreur plus grave, en affirmant qu'en cas de refus d'un brevet par le *Patentamt* de Berlin, l'appel est porté devant le tribunal supérieur de commerce de Leipzig. Il eut été d'autant plus facile à M. Barrault d'éviter de reproduire ces indications inexactes dans sa seconde édition que le *Patentblatt* (journal officiel des brevets) de Berlin les avait déjà signalées dans un compte rendu.

Au surplus les travaux de ce genre ne peuvent jamais être exempts d'erreurs ; il faudrait pour cela qu'une connaissance de toutes les langues permît à l'auteur de consulter les textes des lois étrangères, les travaux préparatoires et même les commentaires. Si quelque chose doit étonner, c'est que M. Barrault soit parvenu à commettre aussi peu d'inexactitudes. Par là comme par la précision et l'abondance des renseignements, le tableau de M. Barrault doit être rangé au premier rang parmi les utiles travaux de ce genre.

CH. LYON-CAEN.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

L'article 1328 est-il applicable à la matière des donations?

Par M. Guillouard, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen.

1. L'article 1328 doit-il être appliqué à la matière des donations? Cette question délicate offre un intérêt pratique considérable, soit dans les rapports de l'héritier réservataire avec les donataires, soit dans les rapports des donataires entre eux.

Une personne fait des donations *manuelles* ou des donations *déguisées* sous la forme d'un contrat à titre onéreux, puis elle meurt laissant un héritier à réserve; celui-ci pourra-t-il dire aux donataires que leur titre n'a acquis date certaine que par le décès du donateur, et que les libéralités à eux faites doivent être réduites *au marc le franc,* sans qu'on tienne compte de leur date apparente?

D'un autre côté, si parmi ces donataires il s'en trouve un dont le titre soit enregistré, pourra-t-il dire soit à l'héritier réservataire, soit au moins aux autres donataires, qu'il est le premier en date, et que la réduction ne peut l'atteindre qu'après avoir épuisé toutes les libéralités dont la date n'est pas certaine?

2. Le seul arrêt rendu, à notre connaissance du moins, sur la question, un arrêt de la Cour de Caen, du 25 mai 1875 [1], juge que l'article 1328 ne peut être étendu à la matière des donations et en déduit logiquement cette double conséquence :

1° Que le réservataire ne peut se prévaloir de l'article 1328 pour demander la réduction *au marc le franc* des donations qui n'ont pas date certaine;

2° Que les donataires, entre eux, devront subir la même loi et être atteints dans l'ordre de date de leurs titres, sans que l'un d'eux puisse opposer à l'autre le défaut de date certaine de sa libéralité.

[1] *Recueil de la jurisprudence des Cours de Caen et de Rouen,* année 1875, p. 133.

Digitized by Google

Voici, d'ailleurs, dans quels termes l'arrêt a consacré ces principes :

« Attendu que la date des donations manuelles ou déguisées n'intéresse pas seulement les donataires entre eux, « mais aussi et en premier lieu le réservataire qui exerce « l'action en réduction, parce qu'il lui importe essentiellement d'avoir affaire à des gratifiés solvables; que le réservataire est un tiers par rapport aux donataires lorsqu'il « réclame le complément de sa réserve; qu'aussi il aurait « le droit de contester la date de leurs libéralités, pour « cause de fraude et de simulation; mais qu'il ne serait pas « fondé à se prévaloir de l'article 1328 du Code civil, *lequel « est étranger à la matière des donations;* qu'il suit de là que « lorsque la sincérité de la date d'un don manuel ou déguisé « est démontrée, cette date fait la loi de l'héritier, comme « celle des donataires les uns vis-à-vis des autres, parce qu'il « est inadmissible que de tels dons puissent avoir une date « au respect du réservataire et une autre au respect des donataires;

« Que, d'ailleurs, l'article 1328 précité qui se trouve au « titre *des obligations* a pour objet le cas où un droit est « prétendu par plusieurs personnes sur une même chose et « non celui où il s'agit de droits distincts sur des choses « essentiellement différentes; que, dans cette dernière hypothèse, les intéressés ne sont pas seulement des tiers les « uns vis-à-vis des autres, mais des étrangers qui, en l'absence « de toute collusion, sont obligés de subir, selon les dates « respectives des libéralités, l'application de l'article 922 du « Code civil;

« Attendu, en outre, que si l'article 1328 était applicable « aux donataires entre eux, il en résulterait que presque toujours les réductions s'opéreraient au marc le franc, ce qui « serait contraire à la fois à la lettre de l'article 923 précité « et à son esprit, parce que le législateur n'a voulu atteindre « que les dons faits après l'épuisement de la quotité disponible; qu'à l'égard des autres, le disposant ayant usé de « son droit, ses dispositions doivent être exécutées et que « l'établissement d'un marc le franc les anéantirait en partie, « tandis qu'il en maintiendrait proportionnellement d'autres « qui seraient, de la part du défunt, un excès de pouvoir...»

Digitized by Google

3. Nous n'avons pas besoin d'insister sur la gravité des conséquences qu'entraîne cette solution; la donation la plus régulière, celle dans laquelle les parties auront observé les formalités de l'article 932, sera exposée à disparaître en présence d'un don manuel ou d'une vente par acte non enregistré qui sera, *en apparence*, antérieure à la donation par acte authentique.

Nous ne croyons cette solution juridique, ni au point de vue de l'étendue d'application de l'article 1328, ni au point de vue du sens qu'il convient d'attacher au mot *tiers;* et nous allons essayer de démontrer que l'article 1328 est applicable à la réduction des donations, comme il l'est à la preuve des obligations, et que l'héritier réservataire et les donataires entre eux sont des *tiers* qui peuvent invoquer l'article 1328.

4. L'article 1328 est placé au chapitre VI du livre III, titre III du Code civil sous la rubrique : « *De la preuve des « obligations et de celle du payement* »; faut-il en conclure qu'il ne peut être appliqué à une autre matière qu'à celle des obligations, qu'il ne peut notamment servir à fixer la date des donations conformément à l'article 923?

Si cette interprétation étroite devait être admise, le jurisconsulte et le magistrat seraient dans un grand embarras pour déterminer les règles de la preuve en matière de droits réels, de droits de famille, etc.; le Code civil ne s'est occupé de la preuve qu'à propos des obligations, et, dans toutes les autres parties du droit, la jurisprudence devrait créer elle-même les règles de la preuve, indiquer la valeur de l'acte authentique, de l'acte sous seing privé, dire ce qu'il faut entendre par commencement de preuve par écrit; en un mot, organiser la preuve dans chaque matière.

Ainsi, en matière de *servitudes*, où le législateur parle à chaque instant de titre, sans indiquer ce qu'il faut entendre par titre ni sous quelles conditions un titre est opposable aux parties en présence, il faudrait laisser de côté les articles 1325 et suivants et fonder une nouvelle théorie du titre; même difficulté en matière de *filiation*, de *prescription*, etc.

5. Il nous est impossible d'admettre une pareille inter-

Digitized by Google

prétation, qui attribuerait au législateur le plus étrange oubli : indiquer quels sont les droits qui peuvent nous appartenir sans indiquer comment ils se *prouvent*, c'est-à-dire comment l'existence en peut être établie, voilà ce que les auteurs du Code auraient fait, sauf pour les obligations!

Nous croyons bien plutôt qu'il n'y a à leur reprocher qu'un défaut de méthode, une mauvaise distribution des matières : au lieu de traiter de *la preuve* en général, après avoir indiqué d'abord comment les droits de toute nature s'acquièrent, se conservent et se transmettent, les rédacteurs du Code en ont traité incidemment, et à propos d'un sujet où la théorie des preuves est particulièrement importante, les obligations. Mais ils ont tracé dans cet endroit les règles générales des preuves, applicables à toutes les matières où le Code n'a pas indiqué de règles spéciales, qu'il s'agisse de droit de famille ou d'obligations.

6. Nous sommes heureux de citer, à l'appui de ces idées, l'autorité de notre cher et éminent maître, M. Demolombe : « La théorie des preuves embrasse évidemment tout ce qui « concerne la formation et l'extinction des droits, soit per- « sonnels, soit réels, qui forment le domaine de la législation « civile.

« Or, les auteurs de notre Code en ont posé toutes les « règles dans ce chapitre; et ils ne s'en sont occupés nulle « part ailleurs.

« Il est donc naturel, ou plutôt il est nécessaire d'admettre, « qu'ils ont entendu que ces règles sur le système des « preuves, en droit civil, étaient générales, et qu'elles s'ap- « pliquaient à tous les actes ou faits juridiques, d'où peut « résulter la formation, la modification, ou l'extinction d'un « droit, soit personnel, soit réel.

« Autrement nous serions, en dehors des termes si res- « trictifs de la rubrique de ce chapitre, absolument dé- « pourvus de règles législatives [1]. »

7. Comment donc expliquer, dans notre système, la place qu'occupe dans le Code le titre de la preuve? La réponse nous paraît assez facile, et elle est toute historique : le titre *des obligations* du Code civil est emprunté presque complète-

[1] *Traité des contrats*, t. VI, n° 181.

Digitized by Google

ment à Pothier, et Pothier avait divisé de la manière suivante son *Traité des obligations*. Une première partie était consacrée aux *conditions* et à l'*effet* des obligations; une seconde, aux *diverses espèces* d'obligations; la troisième, aux *modes d'extinction* des obligations; et la quatrième et dernière partie avait pour titre : « *De la preuve tant des obligations que de leurs* « *payements.* »

Les rédacteurs du Code ont adopté la même distribution : les trois premiers chapitres du titre *des contrats* correspondent au titre Ier des obligations de Pothier, le chapitre IV au titre II, le chapitre V au titre III, et le chapitre VI, correspondant au titre IV, a la même rubrique que la IVe partie de Pothier : « *De la preuve des obligations et de celle du payement.* »

8. Dans l'œuvre de Pothier, cette distribution des matières s'expliquait : Pothier, traitant des obligations, au début de son œuvre, donnait les explications les plus complètes sur la matière qu'il traitait, la formation de l'obligation, son extinction, ses modes de preuve; puis, dans le courant de ses autres traités, il se reportait aux explications qu'il avait données au titre *des obligations*. C'est ainsi, pour n'en donner qu'un exemple, qu'au titre *de la prescription*, en examinant les conditions du juste titre, Pothier renvoyait à son *Traité des obligations*, à propos de la force probante de l'acte sous seing privé [1]; et plus loin, il indiquait que la preuve testimoniale de la vente, envisagée comme juste titre, ne pouvait être faite que d'après les règles indiquées par lui pour la preuve des obligations [2].

Cette distribution, qui n'était chez Pothier qu'une conséquence naturelle de l'ordre dans lequel il écrivait ses traités, est devenue dans le Code un véritable défaut de méthode, d'autant plus que le Code ne peut renfermer ces renvois ou ces répétitions, qui donnent à la théorie de la preuve, dans Pothier, son véritable caractère, la généralité.

Mais ce n'est qu'un défaut de méthode, qui s'explique par le rapprochement que nous venons de faire avec Pothier, et il n'en faut pas moins affirmer que les règles sur la preuve, encore qu'elles soient tracées dans les articles 1315 et sui-

[1] *Traité de la prescription*, n° 99.
[2] *Ibid.*, n° 100.

Digitized by Google

vants, sont applicables à toutes les matières du droit où il n'y a pas été spécialement dérogé, notamment à la matière de la réduction des donations.

II

9. Si l'article 1328 est applicable à la réduction des donations, l'héritier réservataire pourra-t-il s'en prévaloir contre les donataires dont le titre n'a pas date certaine? Les donataires entre eux pourront-ils l'invoquer?

Non, répond la Cour de Caen, et cela pour deux motifs : en premier lieu, l'article 1328 est écrit pour le cas où plusieurs personnes prétendent droit *sur une même chose*, et, dans l'action en réduction, il s'agit de droits distincts sur des choses essentiellement différentes; alors les intéressés ne sont plus des *tiers*, mais des *étrangers*, obligés de subir les dates respectives de leurs libéralités dès qu'il n'y a pas fraude. En second lieu, si on appliquait l'article 1328, les réductions s'opéreraient presque toujours *au marc le franc*, et c'est ce que le législateur a voulu prohiber dans l'article 923 : la réduction ne doit atteindre que les donations dernières en date, car ce sont les seules qui entament la réserve.

10. En ce qui touche l'héritier réservataire, il nous paraît difficilement contestable qu'il soit un *tiers* par rapport aux donations faites par son auteur au delà du disponible : d'un côté, le réservataire puise dans son droit à la légitime un droit propre, distinct du droit héréditaire que lui a transmis le *de cujus;* d'un autre côté, et pour employer la formule même de l'arrêt, le réservataire et le donataire attaqué par l'action en réduction prétendent droit sur la même chose, l'objet donné.

« L'héritier réservataire, dit M. Demolombe, quoiqu'il « agisse alors en sa qualité d'héritier, exerce pourtant de « son propre chef un droit qu'il tient de la loi, et auquel « son auteur n'a pu porter atteinte[1]. »

La jurisprudence a plusieurs fois consacré ce principe, notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1837[2], qui présente une véritable analogie avec la ques-

[1] *Traité des contrats*, t. VI, n° 524.
[2] Sirey, 1837, I, 533 et suiv.

Digitized by Google

tion que nous discutons. Il s'agissait d'une vente faite par deux futurs époux, *deux jours* avant la célébration du mariage, par un acte sous seing privé n'ayant pas acquis date certaine et en dehors des cas où l'article 1595 autorise la vente entre époux. Les héritiers de la femme décédée attaquaient la vente comme étant une vente entre époux, l'acte n'ayant pas acquis date certaine avant la célébration du mariage; la Cour de cassation a donné raison à leur prétention et décidé qu'il fallait, dans cette hypothèse, assimiler les héritiers à des tiers et les autoriser à se prévaloir de l'article 1328.

Si l'héritier réservataire est un *tiers* et si, comme nous espérons l'avoir démontré, l'article 1328 est applicable aux donations, cet héritier peut dire au donataire dont le titre n'a pas date certaine que la donation ne lui est opposable qu'à partir du décès du donateur, et que c'est à cette date que la réduction doit l'atteindre.

11. On objecte en vain que cette solution amènera souvent à réduire les donations *au marc le franc*, tandis que l'article 923 veut qu'elles soient réduites successivement d'après leurs dates. La réponse nous paraît facile : le législateur a voulu que la réduction n'atteignit les donations que successivement, car il a supposé que ces donations seraient faites conformément aux règles de la matière, « *par acte passé devant notaire* « *et dont il restera minute* ». Mais si la donation, au lieu de s'affirmer par un acte public, se cache sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux, ou si elle est faite sans acte écrit, de la main à la main, elle n'a plus droit à la protection dont la loi entoure la donation régulière. Si ce donataire est atteint le premier, il ne pourra s'en prendre qu'à la nature suspecte de son titre.

12. Mais si l'héritier réservataire se désintéresse, comme il arrivera souvent, de l'ordre des réductions et que la critique vienne de l'un des donataires contre les autres, du donataire par acte authentique ou par acte sous seing enregistré, ce dernier pourra-t-il se prévaloir à l'encontre des autres gratifiés du défaut de date certaine de leur titre? Ici on fait une objection spéciale; la lutte s'engage, dit-on, entre étrangers, *penitus extranei* qui ne prétendent pas droit à la même chose, et l'article 1328 règle seulement les rapports de ceux qui prétendent avoir droit à la *même chose*.

Digitized by Google

13. Cette théorie nous paraît absolument inexacte en droit et, en fait, désastreuse dans ses conséquences; elle aurait pour résultat de ne protéger contre l'antidate que dans des hypothèses assez restreintes, celle où la lutte s'engage à propos de la même chose; mais si les droits rivaux portent sur des objets distincts, celui dont le titre a une date certaine serait désarmé et contraint de respecter la date apparente des actes qu'on lui opposerait. Il n'aurait que la ressource bien problématique de la simulation de date, simulation dont la preuve lui incomberait.

14. Quelle peut être la base juridique de cette théorie étroite? Elle n'est pas dans le texte de l'article 1328 : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers... » Rien, dans ces expressions, n'autorise à croire qu'il s'agit de droits prétendus sur la même chose.

Si nous consultons les travaux préparatoires, nous voyons que, bien loin de restreindre ainsi la portée de l'article 1328, ils tendent bien plutôt à les généraliser : « La date portée « dans un écrit sous seing privé, disait M. Bigot-Préameneu, « ne fait donc foi qu'*à l'égard de ceux qui l'ont signé;* il faut « qu'*à l'égard des autres* la date soit d'ailleurs assurée[1] ». Ainsi les tiers, d'après M. Bigot-Préameneu, ce sont toutes les personnes *autres* que les signataires de l'acte et auxquelles l'acte sera opposé.

Nous comprenons difficilement pourquoi la loi exigerait, pour que l'article 1328 fût applicable, qu'il s'agît d'un débat à propos d'une même chose réclamée par deux personnes; sans doute ce sera le plus souvent à l'occasion d'une même chose que le conflit s'élèvera; mais du moment où il y a discussion entre deux droits qui ne peuvent coexister, du moment où l'existence de l'un compromet en tout ou en partie l'existence de l'autre, il y a lieu entre ces deux ayants droit à l'application de l'article 1328.

15. Voici comment nous comprenons le sens du mot *tiers* dans notre article : un même auteur concède à deux ou plusieurs personnes des droits personnels ou réels, soit sur la même chose, soit sur des choses différentes : ces droits, par leur nature ou leur importance, ne peuvent coexister, le pre-

[1] *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 295.

Digitized by Google

mier en date seul peut avoir effet. Ces divers intéressés sont des *tiers*, car :

1° Ils ont un droit *distinct* de celui de l'auteur commun, le droit propre et personnel que leur confère leur titre :

2° Le droit de l'un de ces intéressés est *incompatible* avec celui de l'autre. Dans cette situation, ou l'un des deux droits doit périr, il est aussi juridique qu'équitable que celui-là périsse dont la date est équivoque, et dont le titre peut avoir été refait avec une date nouvelle, ou fait avec une date supposée.

En un mot, dans ce conflit entre divers intérêts ou plus précisément entre divers droits, l'article 1328 qui ne présume pas la fraude, mais qui la craint, donne la préférence au titre dont la date est indiscutable, dont la date *réelle* est certainement la même que la date apparente. Cette solution ne s'impose-t-elle pas du moment où les deux droits s'excluent, qu'ils portent ou non sur la même chose [1] ?

16. Si cette théorie, que nous croyons exacte, n'était pas admise, nous pourrions défendre d'une autre manière la solution que nous proposons à propos de l'article 923 : en analysant avec rigueur la situation des deux donataires de choses différentes qui luttent pour faire maintenir leur titre, on pourrait dire qu'ils prétendent droit à la *même chose*, la *quotité disponible*. Cette proposition est rigoureusement vraie s'il s'agit de deux donataires de sommes d'argent : il s'agit pour eux non pas d'avoir tels écus plutôt que tels autres, mais de prendre ou de garder le *disponible*. Elle nous paraît vraie encore s'il s'agit de donataires de choses, de biens différents : lequel d'entre eux a reçu la quotité disponible, lequel une partie de la réserve, telle est la cause du conflit, et le disponible est le droit unique auquel prétendent les divers intéressés.

Aussi croyons-nous, à quelque point de vue que l'on se place, que l'article 1328 doit servir de règle dans les rapports de l'héritier réservataire avec les donataires, ou dans les rapports des donataires entre eux. GUILLOUARD.

[1] V. Demolombe, *Traité des contrats*, t. VI, n°s 526, 528; Aubry et Rau, 4e édit., t. VIII, p. 249. — Grenoble, 9 mai 1833, Sirey, 1833, II, 506.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LE PROJET DE LOI D'EXTRADITION

SOUMIS AU SÉNAT FRANÇAIS PAR LE GARDE DES SCEAUX[1],

Par M. Charles ANTOINE,
docteur en droit, juge suppléant au tribunal de Rocroi.

(*Suite et fin*[1].)

§ 3. — *Titre II du projet.*

Art. 7. — D'abord on formule la règle admise en jurisprudence internationale que la demande d'extradition doit être faite par voie diplomatique, et l'on ne déroge à cette règle (art. 23), comme dans un certain nombre de récents traités, que lorsque l'individu requis s'est réfugié dans nos colonies. Alors les gouverneurs de nos colonies peuvent, sous condition de réciprocité, statuer sur les demandes faites soit par les gouvernements étrangers, soit par les gouverneurs des colonies étrangères, sous leur responsabilité et à la condition d'en rendre compte à bref délai au ministre de la marine.

Néanmoins, à notre sens, la règle contraire de la transmission directe des autorités judiciaires d'un État à celles d'un autre État serait plus pratique. Il n'y aurait en effet rien de plus anormal à ce que les gouvernements délèguent aux juges nationaux le pouvoir de rechercher et de remettre les prévenus et les condamnés réclamés par les pays étrangers, que dans le fait de leur avoir délégué le pouvoir de rechercher et de poursuivre les individus qui ont commis un délit dans la circonscription soumise à leur juridiction. Du reste, pour éviter les difficultés qui pourraient être soulevées à l'occasion de la nationalité de l'individu requis, et pour bien sauvegarder les principes de droit international, tels par exemple que l'exception en faveur du prévenu politique, on pourrait exiger que le magistrat saisi directement de la demande adresse un rapport préalable au garde des sceaux et ne puisse faire opérer la remise de l'individu requis, qu'après l'assentiment de ce haut fonctionnaire, qui, dans un bref délai, devrait donner une décision provisoire ou définitive. Par exemple, s'il se présentait quelque difficulté sur l'inter-

[1] Voir la livraison d'avril, n° 4, p. 281.

Digitized by Google

prétation du traité, il pourrait être enjoint aux magistrats de surseoir à l'extradition, jusqu'à ce que les deux États contractants aient pu, s'il y avait lieu, s'entendre à ce sujet. Avec ce mode de procéder on éviterait des lenteurs inutiles et préjudiciables à la bonne administration de la justice.

On indique ensuite les pièces qui devront être produites à l'appui de la demande. Parmi ces pièces on mentionne le mandat d'arrêt comme suffisant, et avec raison. La plupart du temps, en effet, ce mandat est décerné contre un individu contre lequel s'élèvent des charges sérieuses, mais qui souvent ne saurait être l'objet d'une ordonnance ou d'un arrêt de renvoi de la part de la juridiction d'instruction, avant d'avoir été préalablement interrogé et confronté. Dès lors exiger une ordonnance de renvoi ce serait de la part de l'État requis apporter une atteinte à la bonne administration de la justice. Dans le cas où il s'agit de jugements par défaut ou d'arrêts par contumace produits à l'appui de la demande, on exige qu'ils aient été notifiés dans les formes prescrites par la loi du pays requérant.

Les pièces doivent mentionner d'une façon précise le fait délictueux, afin qu'on puisse s'assurer s'il constitue l'un des délits qui peuvent motiver l'extradition; et la date de ce fait, afin qu'on puisse vérifier si la prescription n'est pas acquise. De plus, elles doivent être accompagnées du texte de loi pénale applicable dans le pays requérant, afin qu'on puisse bien apprécier si le fait incriminé est un de ceux pouvant donner lieu à l'extradition, quand, dans le traité, il est dit que pour y donner lieu il doit être puni d'une peine déterminée d'après la loi de ce pays.

En disant que les pièces devront être produites en original ou en expédition authentique, on a consacré la règle *locus regit actum*, admise en cette matière aux termes de la jurisprudence internationale.

Toutefois, à notre sens, cet article présente une lacune en ce qu'on n'y parle pas, comme dans les plus récents traités, du signalement, dont on devrait exiger, autant que possible, la production. On aurait dû même prescrire que l'État requis, quand il le pourrait, devrait joindre la photographie. En effet, la question d'identité est une des plus importantes à constater.

Digitized by Google

Art. 8-15. — Dans ces articles on pose les règles de procédure à suivre pour l'instruction de la demande d'extradition.

Il existe en cette matière trois systèmes :

1° Le système français, d'après lequel la demande est instruite administrativement sans l'intervention de la magistrature. Ce système, adopté par la majeure partie des États, a été suivi en France, sans modifications, jusqu'en 1875. La demande, après examen sommaire au ministère des affaires étrangères, était transmise au ministère de la justice. Si elle paraissait admissible à ce dernier ministre, il provoquait aussitôt un décret d'extradition de la part du Chef de l'État, sans qu'on eût même constaté auparavant l'identité du fugitif et qu'on lui eût demandé ses explications, qui auraient peut-être été de nature à établir que la demande était inadmissible. Une fois rendu, ce décret était transmis au ministre de l'intérieur, qui en provoquait aussitôt l'exécution.

2° Le système anglais, d'après lequel la demande est entièrement instruite par le pouvoir judiciaire. En effet, le secrétaire d'État se borne à vérifier si la demande a pour objet un délit politique, puis il saisit immédiatement le magistrat, qui fait arrêter l'individu requis. Ce juge alors examine en détail si les preuves fournies seraient, aux termes des lois anglaises, de nature à entraîner la mise en accusation de l'individu requis devant le jury, s'il s'agit d'un prévenu; ou bien si elles établissent qu'il a été mis en jugement à raison d'un fait délictueux pouvant servir à motiver la demande. Notons, du reste, que la décision du juge qui ordonne l'extradition est toujours susceptible d'appel. Ce système est suivi en Angleterre, aux États-Unis et dans les colonies anglaises, notamment au Canada.

3° Le système belge, où le gouvernement décide souverainement sur l'extradition, après avoir pris l'avis de la Cour d'appel (chambre des mises en accusation), mais sans être lié par cet avis. Le pouvoir judiciaire se borne à constater contradictoirement l'identité du prévenu et le fait de savoir si la demande est régulière et admissible. Ce système est suivi aussi en Hollande, où, au lieu de la Cour, c'est le tribunal de première instance qui est consulté, sauf recours à la Haute-Cour, quand l'individu requis prétend exciper de

Digitized by Google

sa nationalité néerlandaise. De même en Italie, le ministre de la justice demande l'avis de la chambre des mises en accusation, bien qu'aucune loi ne l'exige, et ne statue sur la demande qu'après avoir requis l'avis du Conseil d'État.

De ces trois systèmes, nous n'hésiterons pas à rejeter le premier. Si en effet il est le plus expéditif et le moins compliqué, il offre trop peu de garanties, l'identité de l'individu requis n'y étant pas même toujours constatée, et la procédure étant complétement secrète et non contradictoire.

Quant au système anglais, tout en admettant que tel qu'il est appliqué dans les pays anglo-saxons, par un excès de garanties, il tend à prolonger outre mesure la détention de l'individu requis et à occasionner des frais exagérés, nous n'hésitons pas, en principe, à dire qu'à notre sens c'est le plus admissible. Nous ne pouvons en effet concevoir l'opportunité de l'intervention du gouvernement dans les cas ordinaires. Nous désirerions même que l'extradition fût requise et consentie par communication directe entre les tribunaux, ainsi que nous l'avons exposé plus haut. Disons toutefois qu'à notre sens les tribunaux de l'État requis ne devraient jamais, comme en Angleterre, apprécier le bien fondé de l'accusation, cette tâche étant celle du juge naturel, seul compétent pour apprécier le fond de l'instance.

Quoi qu'il en soit, par sa circulaire du 12 octobre 1875, M. le garde des sceaux apporta des réformes importantes dans la procédure française. Aux termes de cette circulaire, après avoir examiné les pièces de la demande, le ministre de la justice les transmet au ministre de l'intérieur, qui fait arrêter l'individu requis. Cet individu, sitôt arrêté, est conduit devant le procureur de la République dans la circonscription duquel il a été trouvé. Ce magistrat, sitôt qu'il a reçu communication des pièces à l'appui de la demande, interroge d'urgence le fugitif, sur son identité, sa nationalité et sa culpabilité. Si l'individu arrêté prétend être Français, ou n'être pas la personne signalée, ou être innocent, ou bien soutient que l'infraction n'est pas prévue dans le traité, le procureur doit, par tous les moyens en son pouvoir, vérifier ces allégations. Ensuite ce magistrat transmet le procès-verbal de l'interrogatoire, et les pièces de son enquête avec son avis motivé, au ministre de la justice par la voie du

Digitized by Google

procureur général. Le garde des sceaux, sur le vu de ces pièces, soumet, s'il y a lieu, un décret d'extradition à la signature du Président de la République. Si l'individu requis, qui doit être interrogé à cet effet, déclare au procureur de la République, qu'il consent à être extradé sans l'accomplissement des formalités, ce magistrat mentionne cette déclaration sur son procès-verbal, et alors, sur le vu de cette réponse, le ministre de la justice prie le ministre de l'intérieur de faire remettre immédiatement l'individu requis à l'État réclamant.

Dans le projet on a adopté en grande partie le système belge, tel qu'il résulte de la loi d'extradition belge de 1874.

Une fois transmise, la demande d'extradition est d'abord examinée par le ministre des affaires étrangères. Bien que dans l'article 8 on ne dise pas sur quoi devra porter cet examen, il va de soi (comme c'est du reste la pratique admise) que cet examen sera surtout sommaire et portera sur la forme de la demande. Du reste, nous lisons dans l'exposé des motifs : « La demande d'extradition parvenue au minis-« tère des affaires étrangères y sera examinée au seul point « de vue de la qualité diplomatique de l'agent requérant. « Si cet agent est accrédité régulièrement, le ministère des « affaires étrangères devra toujours transmettre la demande « et les pièces au ministre de la justice. »

Une fois saisi, le garde des sceaux vérifiera la régularité de la demande et ensuite la transmettra au ministre de l'intérieur, si elle est régulière. Autrement il va de soi, comme cela est énoncé dans l'exposé des motifs, que le ministre de la justice (ainsi du reste que c'est l'usage) renverra les pièces au ministre des affaires étrangères pour les faire compléter par le gouvernement requérant.

Une fois saisi de la demande, le ministre de l'intérieur donnera immédiatement des ordres pour faire arrêter l'individu requis, qui devra être conduit dans le plus bref délai au chef-lieu de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle il aura été arrêté. Les pièces à l'appui de la demande seront en même temps adressées par le préfet qui a ordonné l'arrestation au procureur général, et dans les vingt-quatre heures de leur réception on notifiera à l'étranger le titre en vertu duquel l'arrestation se sera opérée, c'est-à-dire soit l'arrêt ou

Digitized by Google

jugement de condamnation, le mandat d'arrêt ou l'ordonnance de prise de corps. Dans ce même délai aussi, le procureur général interrogera l'individu requis pour constater son identité, et dressera procès-verbal de cet interrogatoire. Notons que cet interrogatoire, qui a pour but de réparer aussitôt une erreur possible sur la personne, ne se rencontre ni dans la loi belge ni dans la loi hollandaise.

Le procureur général saisira immédiatement la Chambre des mises en accusation de son procès-verbal d'interrogatoire et des pièces à l'appui de la demande. La chambre des mises en accusation procédera à un nouvel interrogatoire du prévenu qui pourra être assisté d'un conseil. Il va de soi, quoique le projet soit muet, que la Cour pourra nommer un interprète; — le ministère public devra donner des réquisitions orales. L'audience, aux termes du projet, sera publique, à moins que le détenu n'en manifeste le désir contraire. Il va sans dire, quoiqu'il n'existe aucune disposition à ce sujet, que le président pourrait encore prononcer le huis clos si les débats étaient de nature à porter atteinte à la moralité publique. Il aurait du reste été préférable, à notre sens, que cette seconde cause de huis clos fût énoncée formellement comme dans l'article 14 de la loi néerlandaise de 1875, où l'on prescrit que, lorsque le tribunal, pour des raisons graves, aura ordonné le huis clos pour tout ou partie de l'interrogatoire, il doit en être fait mention sur le proeès-verbal.

La Chambre des mises en accusation donnera ensuite son avis motivé sur la demande. Mais on n'indique, pas plus que dans les lois belge et hollandaise, sur quels points devra porter son examen. Il est vrai que, dans l'exposé des motifs, il est dit que l'ensemble de la loi, et notamment les articles 2 et 3, serviront à fixer la compétence de la Cour. Mais il nous semble qu'il eût été préférable d'énoncer cette idée dans le projet et de dire aussi que les magistrats n'ont pas à apprécier le bien fondé de l'accusation. Il eût été aussi opportun, étant donné qu'on admettrait l'exception en faveur du national, de poser les règles de procédure au sujet de l'exception préjudicielle de nationalité, soulevée par le fugitif, quand cette nationalité n'étant pas clairement démontrée, il demanderait à en faire la preuve. Cette action

Digitized by Google

qu'il voudrait en effet intenter, étant une question d'État, devrait être régulièrement portée devant le tribunal civil (V. Colmar, 19 mai 1868).

Le dossier de l'affaire doit être transmis au ministre de la justice dans la huitaine, à dater de l'écrou dans la maison d'arrêt ou de la réception des pièces, si elle est postérieure à l'écrou. Sur le vu de ces pièces, le ministre de la justice propose, s'il le juge opportun, un décret d'extradition à la signature du Président de la République.

De même, quand le gouvernement requérant demandera l'extension de l'extradition à un délit antérieur à la demande, la Cour sera consultée dans les mêmes formes, et on lui soumettra les pièces où sont mentionnées les observations de l'extradé. Cette extension sera accordée aussi dans les mêmes formes que l'extradition et par décret.

Lors de son interrogatoire, le procureur général devra demander au fugitif s'il consent à être livré sans l'accomplissement des formalités; si celui-ci y consent, le procureur général devra aussitôt adresser le procès-verbal et les pièces au ministre de la justice qui proposera aussitôt un décret à la signature du Président de la République. Comme nous l'avons vu sous l'empire de la circulaire de 1875, actuellement en vigueur, dans le cas de renonciation aux formalités, aucun décret n'est rendu, et l'on se trouve en présence de ce que l'on appelle l'*extradition* volontaire. Mais dans ce cas, souvent, le gouvernement requérant, ce qui du reste est juridique, considère l'étranger qui est ainsi livré comme passible d'être poursuivi pour tous délits quelconques antérieurs. C'est pour empêcher une telle extension, est-il dit formellement dans l'exposé des motifs, que, dans ce cas, un décret d'extradition sera toujours rendu. Toutefois, à notre sens, il aurait mieux valu exposer cette idée dans la loi d'une façon formelle et définir aussi le caractère de l'extradition volontaire quand elle est consentie à la France par un gouvernement étranger. Il aurait été logique, en effet, et conforme à l'esprit de cet article 14, de décider, contrairement à la jurisprudence tant de la chancellerie que de la Cour de cassation[1], que l'extradition volontaire ne produirait pas des

[1] Billot, *Traité de l'extradition*, liv. V, ch. III, p. 380 et suiv.

Digitized by Google

effets plus étendus que l'extradition avec l'accomplissement des formalités.

Au sujet de cette procédure, nous nous permettrons de dire, qu'à notre sens, il eût été plus pratique de rendre les tribunaux de première instance compétents. En effet, on abrégerait singulièrement la détention du prévenu, si le ministre de la justice transmettait directement les pièces au procureur de la république du tribunal dans la juridiction duquel est le fugitif, et si ce magistrat saisissait ce tribunal après avoir fait arrêter le fugitif. Il est vrai qu'on lit dans l'exposé des motifs : « La matière de l'extradition est « en effet peu connue; elle offre des difficultés pour la « solution desquelles il convient de créer des aptitudes « spéciales; il est nécessaire de rencontrer des interprètes, « qu'on ne trouverait pas dans chaque arrondissement, « enfin, les procureurs généraux peuvent seuls adresser « hiérarchiquement au pouvoir central des communications « directes qui seront fréquemment indispensables. » Nous dirons d'abord qu'à notre sens, sans doute, la hiérarchie doit être la règle, mais que, lorsqu'il y a utilité à le faire, on devrait déroger à cette règle générale par une règle spéciale. Pour ce qui est de la création d'aptitudes spéciales et de la facilité de trouver des interprètes; à notre sens, si on voulait atteindre ce but, il faudrait, à l'imitation de l'Angleterre, où le tribunal de police de Bow-Street, à Londres, est spécialement chargé des extraditions, les déférer toutes à la chambre des mises en accusation de Paris. Mais ici, ce qui doit avant tout prédominer, c'est la promptitude de l'instruction. On doit, du reste, supposer que des magistrats qui connaissent individuellement (juges d'instruction) de la détention de leurs concitoyens peuvent, *a fortiori*, connaître collectivement de celle d'un étranger. De plus, généralement, les arrondissements où seront réfugiés les fugitifs d'un pays donné seront les arrondissements voisins de ce pays et pourront, par conséquent, fournir les interprètes nécessaires. Disons enfin qu'une nation pratique par excellence, la Hollande, qui admet ce système de l'instruction de la demande par le tribunal de première instance depuis 1849 (loi sur les étrangers, art. 18), l'a de nouveau consacré dans la loi d'extradition de 1875 (art. 13).

Digitized by Google

Du reste, l'instruction de la demande par les tribunaux est, aux termes du projet, adopté pour nos colonies, où les grandes distances à parcourir et l'imperfection des voies de communication rendraient le système proposé pour la France impraticable, on lit en effet dans le projet (art. 23, § 3) : « Les pouvoirs conférés à la chambre des mises en « accusation par la présente loi seront exercées dans les « colonies françaises par la juridiction française la plus « proche du lieu où l'arrestation aura été opérée. »

Art. 16 et 17. — Souvent il importe que l'autorité judiciaire du pays requérant fasse arrêter le fugitif avant qu'une demande régulière d'extradition ait pu être faite. Alors l'arrestation provisoire du prévenu peut avoir lieu, ainsi que cela résulte aussi des clauses des plus récents traités, par simple avis, transmis par la poste ou le télégraphe au procureur de la République, de l'existence d'une des pièces pouvant motiver l'extradition, tel par exemple, qu'un mandat d'arrêt décerné contre le fugitif, à la condition que le même avis soit en même temps transmis par la voie diplomatique au ministre des affaires étrangères. Les procureurs doivent alors aussitôt faire connaître l'arrestation opérée au ministre de la justice et au procureur général. Toutefois, l'étranger sera mis en liberté, si le gouvernement ne reçoit pas une demande régulière d'extradition dans un délai de vingt jours à partir de l'arrestation, si le pays requérant est un pays limitrophe. Ce délai peut être porté à un mois si le pays requérant est non-limitrophe et à trois mois s'il est situé hors d'Europe. En effet, il est inadmissible qu'on puisse indéfiniment prolonger la détention d'un individu contre lequel on ne justifie pas d'exercer des poursuites sérieuses.

Du reste, l'individu ainsi détenu pourra requérir sa mise en liberté provisoire à la chambre des mises en accusation dans les mêmes conditions que si la poursuite avait lieu en France. Il résulte de là que le fugitif, sitôt arrêté, aura dû être conduit au chef-lieu de la Cour d'appel.

Il va sans dire, quoique le projet soit muet, que, nonobstant la mise en liberté pour expiration des délais, l'individu requis pourra de nouveau être arrêté, si ensuite une demande régulière est transmise au gouvernement. En

Digitized by Google

effet, aucune raison n'existe pour faire induire que l'expiration du délai constitue une sorte de prescription.

Art. 18. — Le transit sur le territoire français d'un individu livré par un pays étranger à un autre pays étranger peut être accordé par le ministre de la justice sur simple production, par la voie diplomatique, d'un mandat d'arrêt ou d'un des autres actes qui peuvent servir de base à l'extradition, à la condition que le pays requérant accorde sur son territoire la même faculté au gouvernement français.

Bien que le projet soit muet, il va sans dire que le transit (ainsi que du reste cela est réglé dans les traités où il existe une clause à ce sujet, notamment dans le traité avec la Belgique) ne pourra avoir lieu qu'à raison des délits de droit commun. En effet, il n'est pas admissible que l'État requis se fasse complice des vengeances politiques de l'État requérant. De même, étant donnée l'exception en faveur du national, l'extradition par transit qui le concernerait ne saurait non plus être admise. Autrement la transmission de l'acte qui sert de base à l'extradition serait sans objet Néanmoins il serait préférable que ces conditions se trouvent nettement formulées, aussi bien du reste que le mode d'effectuer le transit et qu'on dise, en consacrant le système en usage chez nous, qu'il aura lieu par les soins de la police nationale.

Art. 19. — Il est naturel que, lorsqu'on arrête un individu requis, on saisisse les objets trouvés en sa possession. Ces objets en effet peuvent constituer des pièces à conviction, qui seront peut-être très-utiles au juge devant lequel cet individu sera traduit. — Dans le projet on ne dit pas quelle autorité provoquera cette saisie; il est dès lors à supposer que ce sera l'autorité administrative qui est chargée de l'arrestation; mais on dispose que la chambre des mises en accusation décidera quels seront ceux de ces objets qui seront retenus comme pièces à conviction pour être remis au pays requérant et quels seront ceux qui devront être rendus soit au fugitif, soit à des tiers qui seraient fondés à réclamer ces objets. Le même droit appartiendra au procureur général, lorsque le prévenu consentira à être livré sans l'accomplissement des formalités. Toutefois ces décisions demeureront subordonnées à la décision du gouvernement, qui seul décide souverainement si l'extradition doit s'effectuer.

Digitized by Google

Art. 20. — Par suite des commnnications fréquentes entre nations, il arrivera souvent à notre époque que la juridiction étrangère soit dans la nécessité de faire entendre pour l'instruction d'une affaire un témoin résidant en France. Dans le projet on décide que les commissions rogatoires étrangères en principe doivent être adressées par la voie diplomatique et transmises, s'il y a lieu, aux autorités judiciaires françaises. On ajoute qu'elles seront exécutées sans délai, à moins que la loi française ne s'y oppose.

Le projet, en permettant exceptionnellement, *contrairement à la jurisprudence internationale et aux traités*, la transmission directe des commissions, réalise en partie un progrès fort désirable. Rien en effet n'est moins justifié que la voie diplomatique, dont la lenteur, loin de sauvegarder les droits du prévenu, en évitant soit disant la transmission de commissions non suffisamment justifiées (comme si mieux que personne le magistrat instructeur ne devait pas juger de l'opportunité des actes d'instruction), n'a pour effet que de prolonger indéfiniment la détention dudit prévenu et d'entraver la rapidité désirable à l'instruction. En effet, pour donner une idée de la lenteur des commissions transmises régulièrement, nous dirons qu'à notre connaissance personnelle, les commissions transmises de Belgique ou d'Italie à un juge d'instruction français ont été souvent deux mois avant de parvenir au juge d'instruction français délégué. Enfin, comme fait instructif, nous citerons une commission rogatoire venue de Trente (Autriche) et datée du 12 avril 1877, qui n'est parvenue au juge d'instruction français délégué que le 1er août suivant. Aussi, en dépit des circulaires et des traités, un abus constant existe-t-il dans la pratique internationale, celui de ne transmettre par la voie diplomatique que les commissions qui sont données dans une affaire d'une importance exceptionnelle.

Nous ne comprenons pas bien la disposition du projet aux termes de laquelle la commission sera transmise, s'il y a lieu. Pour notre part, nous préférerions qu'on y dise nettement, comme dans la loi anglaise d'extradition de 1873 (art. 5) et dans un seul traité français, le dernier de tous, celui avec le Danemarck (art. 13), que les commissions ne pourront être exécutées si elles sont relatives à un délit poli-

Digitized by Google

tique, les mêmes raisons qu'en matière d'extradition motivant alors l'abstention du pays requis.

Au lieu d'un acte d'instruction à faire exécuter, le tribunal étranger peut vouloir notifier au prévenu qui se trouve en France et dont l'extradition n'est pas possible ou n'a pas été jugée opportune par le pays dont les tribunaux sont saisis, des actes qui souvent sont le point de départ de certains délais et dont l'échéance modifie la situation de ce prévenu dans l'intérêt duquel, par suite, il est bon qu'ils soient notifiés à personne. Tel est le cas, par exemple, de la signification d'un jugement par défaut, auquel le prévenu peut être intéressé à faire opposition dans les délais prescrits par la loi du lieu du délit. Ce cas est prévu dans un certain nombre des traités conclus depuis 1869, notamment celui avec le Danemarck (art. 14), dans une clause, aux termes de laquelle l'acte à signifier peut être transmis diplomatiquement ou par correspondance directe au ministère public du lieu du destinataire de l'acte, qui, après l'avoir fait signifier, en retourne l'original par lui dûment visé au magistrat qui le lui a adressé. Mais sur ce point le projet est muet. Cependant, il eût été bon de formuler dans la loi un principe appliqué dans les traités. Dans ce cas, comme dans celui d'une commission ayant pour objet des actes d'instruction, nous voudrions qu'on consacre, comme règle générale, la transmission directe.

Art. 21. — Dans cet article on formule la règle, à bon droit admise aux termes d'un grand nombre de traités, que nos compatriotes, cités comme témoins devant les tribunaux étrangers, pourront être engagés, dans un intérêt international réciproque de la répression des délits, à comparaître, à la condition qu'ils soient garantis par un sauf-conduit qu'ils ne seront poursuivis pour aucun délit antérieur. Le sauf-conduit sert à empêcher d'éluder les formalités d'une extradition régulière.

A ce propos nous dirons, comme à l'occasion des commissions rogatoires, que nous voudrions voir renoncer à la transmission diplomatique, qui est sans utilité. Mais nous voudrions aussi, pour les mêmes raisons qu'en matière d'extradition, qu'on pose en principe que la citation ne sera pas transmise au témoin s'il s'agit d'une déposition dans un procès politique.

Digitized by Google

Il va sans dire, du reste, malgré le laconisme du projet, que les témoins, ainsi que cela est admis en jurisprudence internationale et consacré dans les traités, ne peuvent être contraints à aller déposer. En effet, malgré les indemnités, ce serait souvent exiger d'eux une démarche trop lointaine, partant trop dispendieuse et trop préjudiciable à la gestion de leurs intérêts.

Art. 22. — Dans cet article, on reproduit la disposition insérée dans un grand nombre de traités, aux termes de laquelle, en dehors de l'extradition, le gouvernement français pourra toujours, en suite d'une demande diplomatique, autoriser l'envoi de malfaiteurs détenus en France en vue d'une confrontation et la communication de pièces à convictions ou autres documents judiciaires en possession de nos tribunaux qui pourraient être utiles aux juridictions étrangères pour l'instruction d'affaires dont elles sont saisies; et donnera toujours suite à ces demandes, à moins que des considérations particulières ne s'y opposent et à la condition que le détenu ou les pièces seront renvoyés dans le plus bref délai.

A notre sens, du moins pour la communication des pièces, la demande diplomatique devrait être écartée comme sans utilité et comme trop lente. De plus, la remise aussi bien des prévenus que des pièces, au lieu d'être facultative devrait être obligatoire, à moins qu'il ne s'agisse de l'instruction d'une affaire politique (cas dans lequel la communication devrait être absolument prohibée). En effet, l'intérêt réciproque international de la répression pénale devrait primer toute autre considération.

§ 4. — *Conclusion.*

Tel est, dans son ensemble, le projet de loi que nous venons d'étudier en détail. Nous avons vu que la commission du Sénat avait, dans plusieurs articles, étendu les règles générales de la matière aussi bien au cas où notre gouvernement serait requérant qu'à celui où il serait requis. Néanmoins, nous croyons que, pour être complet, notre législateur aurait dû, en cas de demande d'extradition de la part de la France, formuler les règles (aujourd'hui uniquement déterminées par les circulaires et la pratique) d'après lesquelles la demande devrait être transmise par le juge d'instruction

Digitized by Google

saisi de l'affaire ou par le procureur qui veut faire exécuter la condamnation. Actuellement les pièces sont transmises au Ministre de la justice par la voie hiérarchique du procureur général.

Il nous semble aussi qu'il aurait été opportun de déterminer les effets de l'extradition par rapport à la Cour d'assises ou au tribunal de police correctionnelle appelé à juger l'individu extradé. Cette matière, en effet, n'est prévue dans aucun texte de loi. Sans doute, il s'est établi une jurisprudence[1] aux termes de laquelle il est admis avec raison que le pouvoir judiciaire doit appliquer les traités d'extradition, mais non les interpréter, ce qui serait contraire à la séparation des pouvoirs, que dès lors il ne doit juger contradictoirement le prévenu qu'à raison des délits qui ont motivé son extradition. Il est admis aussi en jurisprudence, que le tribunal saisi doit surseoir en attendant que le gouvernement ait statué, s'il est soulevé une difficulté relative à l'interprétation du traité[2], et si cette difficulté lui paraît réellement exister.

Il est vrai qu'un membre de la commission du Sénat, M. Bozérian avait proposé d'ajouter au projet un titre spécial, titre III, relatif aux demandes d'extradition faites par la France et aux effets de l'extradition consentie à l'égard de nos tribunaux; mais la commission n'a pas adopté cet amendement et s'est contentée, ainsi que nous l'avons indiqué, de remanier plusieurs articles.

Quoi qu'il en soit du reste, malgré les critiques dont il est susceptible, le projet actuel n'en réalisera pas moins pour la France un progrès législatif important. On y trouve, en effet, précisés d'une façon fort exacte, les principes généraux de la matière admis par les États civilisés et y on entoure la remise du fugitif de garanties sérieuses. Nous avons du reste l'espoir que ce ne sera là qu'un premier pas dans la voie du progrès et, qu'à l'exemple des législateurs belges, les législateurs français auront à cœur de perfectionner leur œuvre, en tenant compte des données de l'expérience et des besoins de la pratique mieux démontrés à la suite du fonctionnement de la loi qu'ils auront édictée. CHARLES ANTOINE.

[1] Voir à ce sujet, Billot, *Traité de l'extradition*, liv. V, p. 297 et suiv.

[2] Voir notamment Cass. 24 juillet 1844 (Faure de Monginot), Dalloz, 67, 1, p. 287.

Digitized by Google

QUESTIONS PRATIQUES DE DROIT COMMERCIAL,

Par M. P. Fabreguettes, substitut à Toulouse.

DU CONCORDAT AMIABLE.

1. Dans la vie commerciale, rien n'est aussi fréquent, aussi usité aujourd'hui, que le concordat amiable.

Nulle part, cependant, dans nos Codes, on ne rencontre un texte qui lui soit applicable. A diverses époques, des vœux ont été exprimés pour qu'une place lui fût faite dans notre législation : on a demandé la création légale définitive d'un état intermédiaire entre la solvabilité et la faillite. Les législateurs de 1838, particulièrement sollicités, ont cru, — à bon droit selon nous, — qu'une pareille institution était superflue. L'éminent rapporteur du projet de loi, M. Renouard a fait remarquer justement, que si tous les créanciers d'un commerçant en état de cessation de payements ou de gêne, sont d'accord pour lui donner du temps, ou traiter avec lui, l'intervention de la loi était inutile.

Il est certain, en effet, quelle que soit la considération que l'on puisse avoir pour les souffrances du commerce et de l'industrie, que le crédit recevrait une mortelle atteinte d'une mesure qui affaiblirait l'autorité de la loi, en diminuant les garanties accordées par elle aux créanciers. Il y aurait les plus graves inconvénients à rompre l'unité de la législation commerciale, et à placer à côté du régime de la faillite, un autre régime plus ou moins tempéré. (Consulter en tous cas sur ce point, deux études de MM. Dramard et Sabatier dans la *Revue critique*, t. XXIII, p. 296; t. XXVII, p. 743 et t. XXVIII, p. 60.)

Tout au plus, a-t-on pu, dans des moments de crise politique, apporter, d'une manière passagère, des adoucissements aux règles sévères, mais légitimes, édictées par notre Code de commerce. Seulement, ces mesures n'ont que peu vécu, et il n'y a pas lieu même de s'arrêter à leur examen. Nous voulons parler du décret du 22 août 1848, sur les concordats dits amiables, abrogé par la loi du 12 novembre 1849, et des décrets et lois des 7 septembre 1870 et 22 avril 1871 qui n'ont plus actuellement d'application.

Digitized by Google

Ces dispositions législatives organisaient quelque chose de mixte, d'intermédiaire, entre les concordats amiables proprement dits, tels que nous allons les étudier, et les concordats par abandon. Nous n'y insisterons pas davantage.

2. Le concordat amiable dont nous nous occupons dans ce travail, est le contrat qui intervient entre un négociant (soit gêné dans les affaires, soit en état de cessation de payements, ou en faillite), — et *tous* ses créanciers consentants.

Ainsi, d'une part le commerçant; de l'autre, l'unanimité de ses créanciers. A parler exactement, il ne s'agit donc pas d'un traité, mais d'une convention. Cette convention sera indifféremment relatée dans un acte notarié ou dans un sous seing privé. Elle prend souvent, comme nous le verrons, le titre de contrat d'atermoiement.

Si le concordat amiable existe plutôt en fait qu'en droit, il n'en est pas moins certain que son étude s'impose. Aucun travail d'ensemble n'a été fait sur lui : il a seulement attiré d'une manière incidente, l'attention de quelques auteurs. C'est la jurisprudence qui, on le comprend, s'en est plus directement occupée, et nous croyons répondre à une véritable nécessité pratique en publiant cette monographie inspirée par notre pratique d'avocat.

3. En principe, les arrangements amiables entre débiteur et créanciers, doivent, pour devenir valables et lier les signataires, être acceptés par tous les créanciers *sans exception*, et c'est véritablement cette condition d'un acquiescement général qui distingue les concordats amiables des concordats judiciaires.

4. L'unanimité obtenue, le contrat qui s'établit ne saurait tomber sous le coup d'aucune prohibition légale. Il peut intervenir, par exemple, tant que la faillite n'existe pas en fait, ou n'est pas déclarée : les créanciers d'un même débiteur, ne sont soumis évidemment à aucune obligation ; ils jouissent de la plénitude de leurs droits, et les conventions légalement formées entre eux tous et leur débiteur, ont force de loi pour les parties (art. 1134 C. civ.).

Alors même que la faillite serait déclarée, ils peuvent en arrêter le cours par le contrat amiable revêtu de l'adhésion de tous, puisque le régime de la faillite n'a été organisé que pour imposer à des créanciers dissidents ou récalcitrants

Digitized by Google

une réglementation protectrice, sous la direction d'un syndic. Le syndic n'étant que le mandataire légal des créanciers, son mandat s'éteint naturellement par l'accord de tous les mandants décidés à faire cesser l'état de faillite, sauf, comme nous le verrons, homologation du traité par le tribunal. (Cpr. Alauzet, *Traité de droit commercial*, n° 2655.)

La légalité du concordat amiable est donc incontestable. Son trait caractéristique est, en définitif, celui-ci : En matière de faillite, la minorité est asservie à la majorité dont elle doit subir la loi ; au cas de concordat amiable, l'acceptation de tous est nécessaire. (Cpr. Alauzet, n° 2655 ; Boistel, *Droit commercial*, 2e édit., n° 1068.)

5. Nous disions en commençant que cette convention était devenue d'un usage fréquent dans la pratique. En voici les raisons :

Le négociant débiteur retire du concordat amiable des avantages considérables. Quelquefois, il est soudain paralysé dans ses affaires par le contre-coup de sinistres commerciaux imprévus, et, sans avoir encore suspendu ses payements, il comprend que, dans un délai rapproché il ne pourra plus faire face à ses échéances.

Le plus souvent, la cessation de payements existe de fait ; des assignations sont même lancées contre lui devant le tribunal de commerce.

Il s'agit, dans tous les cas, d'éviter la faillite, dont les conséquences sont, en effet, des plus tristes. Moralement, elle est une flétrissure ; juridiquement, elle amène l'incapacité du débiteur ; politiquement, elle entraîne la déchéance de droits précieux.

Le commerçant qui se trouve en face de cette sombre perspective fait presque toujours les efforts les plus énergiques pour se soustraire au déshonneur, et, il est peu de faillites qui n'aient été précédées de tentatives et de démarches auprès de la collectivité des créanciers, dans le but d'arriver à une entente amiable.

Pour les créanciers du commerçant, il est incontestable que leur intérêt leur commande généralement de ne pas poursuivre l'exécution complète de leur débiteur. Il est aujourd'hui avéré, d'après les statistiques, que les faillites donnent rarement de bons résultats. On compte celles qui

Digitized by Google

distribuent des dividendes de 30 et 40 p. 100. C'est avec regret qu'on le constate, mais les frais de justice, les honoraires le plus souvent exorbitants réclamés par les syndics, finissent par absorber le plus clair de l'actif. Toute faillite est un désastre qui se complique de la lenteur de la discussion judiciaire du débiteur, et des contestations nombreuses qui sont soulevées.

Aussi, les créanciers sont-ils d'ordinaire disposés à faire les concessions qu'on leur demande. Le commerce est habitué aux *alea* et aux coups de fortune ; le compte général des profits et pertes est là pour les enregistrer. Tout ce qui peut, rapidement, mettre un terme à un événement malheureux et en précipiter la liquidation, est toujours bien accueilli dans le négoce et l'industrie.

Ce qui, d'ailleurs, contribue le plus à déterminer l'adhésion des créanciers, c'est l'intervention de la famille du débiteur. Le plus habituellement, la situation de ce dernier est à ce point obérée que le chiffre du dividende futur apparaît des plus problématiques, ou doit être peu élevé.

Si les parents du débiteur versent une somme quelconque, ou engagent leur cautionnement, le préjudice subi diminue, et l'intérêt des créanciers est d'accepter des propositions dont l'effet est de réduire les pertes éprouvées. C'est de leur part un acte de sage administration.

Dans le cas même où la faillite a été déclarée, le concordat amiable offre de sérieux bénéfices. D'une manière générale, il présente ce double avantage : pour le failli — qu'il est remis à la tête de ses affaires ; pour les créanciers, — qu'ils obtiennent immédiatement leur dividende.

Mais, si en principe, rien ne paraît plus simple que la conclusion du concordat amiable, il n'est pas trop audacieux de dire que ce contrat entraîne de véritables difficultés et présente de sérieux dangers.

Pour suivre avec fruit l'étude dans laquelle nous entrons, il convient d'introduire dans notre matière différentes divisions qui répondent à autant de situations diverses.

Dans un chapitre premier, divisé en sections et paragraphes, nous examinerons le concordat amiable arrêté avant toute déclaration de faillite.

Un second chapitre sera consacré aux concordats amia-

Digitized by Google

bles, intervenus après le jugement déclaratif et au cours de la faillite.

CHAPITRE PREMIER.

DU CONCORDAT AMIABLE AVANT LA DÉCLARATION DE FAILLITE.

Ce chapitre se subdivise en deux sections :

Section Ire. — Du Concordat amiable avant tout état de cessation de payements.

Section II. — Du concordat amiable conclu en état de cessation de payements.

SECTION Ire. — DU CONCORDAT AMIABLE AVANT TOUT ÉTAT DE CESSATION DE PAYEMENTS.

6. Un négociant, jusque là exact dans ses payements, peut se trouver placé, tout à coup, par l'effet de crises inattendues ou de pertes considérables, dans l'obligation de déposer son bilan. Il n'y a point cependant arrêt de payements parce que, jusqu'alors, les échéances ont été reglées et qu'aucune dette exigible ne se présente encore. (Cpr. Paris, 30 mars 1843, *Palais*, 1843, 1, 535.)

Il peut se faire aussi, qu'un commerçant, malgré certains refus de payement, ne soit pas dans les conditions de l'article 437 du Code de commerce. La cessation de payements, au point de vue légal, est un fait complexe. (Lyon, 16 juin 1874. D. P., 76, 2, 171.)

Peu de textes, dans la loi, ont donné lieu à des applications plus différentes. Les recueils de jurisprudence abondent en décisions, tantôt rigoureuses, tantôt indulgentes, dont la diversité, plus apparente que réelle, a son origine dans la variabilité des espèces. Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour fixer, d'après les circonstances, l'époque de la cessation des payements. C'est à eux qu'il compète de rechercher si les refus de payement, sont assez répétés, assez généraux pour constituer ce que l'on nomme la cessation ? Si tel ou tel refus est fondé ? Si tel ou tel protêt atteint ou n'atteint pas le négociant ; s'il est dû à une surprise, ou a un accident qui n'implique en rien l'interruption ou l'extinction de la vie commerciale ? Si le crédit a été ou non frappé ? etc., etc.

Digitized by Google

Sans vouloir entrer dans chacun des mille cas particuliers, qu'offrent les arrêts, nous dirons que, nous supposant placé dans une des nombreuses espèces où la cessation de payement n'est pas reconnue par les juges du fait, nous recherchons les caractères et les effets du concordat amiable contracté dans cette situation et en dehors des termes de l'article 441 du Code de commerce.

7. Aussi, faut-il se pénétrer de cette idée que la cessation de payements ne résulte point nécessairement de la seule circonstance que, par suite d'un arrangement amiable, le débiteur obtient une remise sur le montant de ses dettes.

(Cass. 8 août 1848, P., 50, 1, 210; D. P., 48, 1, 182; S., 48, 1, 600; — 20 juin 1849, P., 50, 1, 652, S., 1850, 1, 620; D. P., 50, 1. 83. — Montpellier, 5 novembre 1853, P., 55, 1, 208; D. P., 55, 2, 318; S., 53, 2, 665. — Paris, 15 décembre 1863, P., 64, 413; D. P., 63, 5, 178; S., 64, 1, 39.)

C'est dans ce sens qu'il faut entendre trois arrêts de la Cour de Paris des 30 mars 1843, P., 43, 1, 535; S., 43, 2, 419; D., *Jurisprudence générale*, v° FAILLITE, n° 1530; — 11 janvier 1844, P., 44, 1, 135; S., 44, 2, 479; — 18 août 1846, P., 47, 1, 156. — V. Alauzet, n°s 1937 et 1938; Renouard, *Traité des faillites*, t. II, p. 463.

8. Dans un de ces états de fait dont il est parlé au numéro 6, il s'engage, entre les créanciers et leur débiteur, des pourparlers en vue d'un traité amiable. Nous avons dit plus haut que le consentement de tous les créanciers était indispensable. Toutefois, il faut introduire un correctif. Si, par exemple, sur vingt créanciers, il en est dix-sept qui adhèrent au projet de concordat amiable, suffira-t-il de la résistance des trois créanciers récalcitrants? Pourront-ils empêcher la conclusion du traité jugé avantageux par les autres?

Dans la pratique, lorsque des dissidences de ce genre se produisent, souvent, le débiteur et les créanciers adhérents s'entendent pour désintéresser intégralement ceux qui refusent leur consentement. Dans quelques affaires, il m'a fallu procéder par la voie d'offres réelles, pour avoir raison de l'obstination de certains créanciers qui cherchaient à abuser de leur refus, ou mettaient leurs rancunes particulières au-dessus de leurs intérêts. Cela est parfaitement légal, mais il faut l'unanimité des créanciers restants. (Cpr. Nîmes, 29 août

Digitized by Google

1860, P., 62, 597; D. P., 61, 5, 229; S., 61, 2, 229. — V. Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, 6e édit., p. 654; Boistel, n° 1067.)

Et, le consentement donné par un des créanciers ne peut plus être rétracté par lui, lorsque l'acquiescement général a été réalisé.

Ceci posé, il convient, pour l'ordre logique de notre analyse, de distinguer, sous deux paragraphes, deux situations qui peuvent s'offrir.

§ 1er. — *Du concordat amiable, moyennant : soit l'abandon immédiat de l'actif ou le payement d'un dividende effectué lors de la conclusion du contrat, soit l'obligation de tiers directement engagés, le débiteur principal demeurant définitivement libéré, sans condition de remboursement.*

9. Voici le concours des volontés réuni : les conditions dans lesquelles le traité est conclu peuvent varier. C'est, en effet, un des côtés avantageux du concordat amiable, que, toutes parties acquiesçant, on a la liberté entière de faire ce que l'on veut, dans les termes du droit commun de toutes les conventions.

Quoique la cession de biens soit interdite à tout commerçant par l'article 541 du Code de commerce, rien ne s'oppose à ce que le débiteur abandonne son entier actif à ses créanciers. La loi du 17 juillet 1856 a réglementé, d'ailleurs, les concordats judiciaires par abandon d'actif, et il y a certainement les mêmes raisons d'admettre l'abandon en matière amiable : l'actif d'un débiteur, c'est-à-dire sa fortune, n'est-il pas en effet le gage de tous ses créanciers? Article 2093 du Code civil.

L'actif pourra comprendre des meubles et des immeubles, et, pour arriver à la répartition, le plus souvent, la réunion des créanciers nommera des liquidateurs chargés de la réalisation. Moyennant cet abandon, quittance finale sera délivrée au débiteur, les titres de créance lui seront remis, et sa libération sera complète.

D'autres fois, et afin de permettre au débiteur de reprendre ses affaires, les membres de sa famille ou des amis interviendront : ils verseront une certaine somme, qui sera distribuée à titre de dividende entre les créanciers; ou bien ils s'engageront *directement* et *personnellement* envers les créanciers, par

Digitized by Google

des obligations ou des effets de commerce qu'ils souscriront.

Rien de plus simple que cette convention, et quel qu'en soit le mode, — pourvu que le payement soit effectué d'une manière immédiate, ou que, s'il existe un terme, ce terme soit convenu uniquement entre les créanciers et des tiers intervenants, devenus leurs obligés directs, au lieu et place du débiteur *définitivement libéré*, — le contrat est inattaquable, et aucun événement postérieur ne pourra le faire résoudre.

10. Le débiteur, replacé à la tête de ses affaires, et, reprenant son commerce, pourra plus tard être déclaré en état de faillite, sans que, pour cela, le traité soit sujet à annulation, lors même que l'ouverture de la faillite serait reportée ou fixée à moins de dix jours de sa date. (Cpr. Bordeaux, 5 avril 1870, P., 70, 1165; S., 70, 2, 311.)

Cela est d'évidence, puisque, le débiteur s'étant libéré envers tous ses créanciers, il n'est pas possible de concevoir comment des créanciers postérieurs pourraient être admis à faire annuler un contrat exécuté, soit sur un actif qui n'était pas et n'a jamais été leur gage, soit par l'engagement de tiers qui se sont obligés sans condition de remboursement de la part du débiteur ainsi dégagé.

11. Dans ces termes, on pourra introduire dans le contrat toutes les clauses que l'on voudra : faire des conditions différentes aux divers créanciers acceptants, et même en avantager quelques-uns, malgré la prohibition des articles 597 et 598, dans le but d'obtenir leur consentement. (Cpr. Paris, 15 décembre 1863, P., 64, 413; S., 64, 2, 39; D. P., 63, 5, 178.)

Dès lors, en effet, que nous admettons ici, par hypothèse, qu'il n'y a pas cessation de payements de la part du débiteur, la disposition de la loi ne doit pas être arbitrairement étendue.

Lorsqu'il y a faillite, soit déclarée, soit résultant de la suspension des payements (toutefois, ce dernier point est controversé, ainsi que nous le verrons plus loin), les créanciers, — dont les droits sont indivis, — sont constitués en une sorte de société qui leur fait à tous une destinée commune et ne permet plus à aucun intérêt particulier de négocier en dehors et au préjudice de l'intérêt général. Il faut, dès lors, que la décision qui doit fixer le sort de tous émane d'une majorité sincère et réelle. Aussi, la loi a-t-elle dû environner l'expression du suffrage émis à l'occasion du

Digitized by Google

concordat, de garanties spéciales, car la convention qui est alors formée est une sorte de contrat légal ou judiciaire dont l'exécution ne peut être modifiée ni éludée au préjudice de la masse, soit par le fait du débiteur, soit par le fait d'un tiers.

Mais, dans notre cas, les dispositions toutes spéciales des articles 597 et 598 doivent s'effacer devant le principe général de l'article 1134 du Code civil. Les créanciers, lorsqu'ils se trouvent en présence d'un débiteur resté maître de ses droits, dont le crédit n'est pas encore atteint, — agissent alors dans leur pleine et entière indépendance ; et, dans les conventions qui se lient entre eux et leur débiteur, l'idée de majorité ou de minorité ne joue aucun rôle. C'est un traité privé qui se forme : aucune présomption légale de fraude ne vient l'atteindre et le frapper.

12. Les articles 597 et 598 ne sont donc point applicables, et si tous les créanciers ont été d'un avis conforme, s'ils ont connu les avantages particuliers, nul ne saurait critiquer ce qui s'est passé.

Ce ne serait que tout autant que certains créanciers se prétendraient lésés par de semblables stipulations *restées d'abord secrètes*, et en demanderaient la résolution dans les limites tracées par l'article 1167 du Code civil, que ces avantages pourraient être annulés, si la preuve de faits illicites et dolosifs était rapportée. (Cpr. Paris, 30 mars 1843 ; P., 43, 1, 535, S., 43, 2, 219 ; — Paris, 11 janvier 1844, P., 44, 1, 135 ; S. 44, 2, 479.)

En tous cas, il n'y a jamais de délit, et, partant, pas d'action correctionnelle possible.

Il ne faut accepter qu'avec la plus grande réserve, deux arrêts l'un de Paris, 24 février 1850, P., 50, 1, 398, l'autre de Nîmes, 6 janvier 1852, P., 52, 1, 424; S., 52, 2, 38; D. P., 52, 2, 159, qui placent les arrangements amiables sous le coup des articles 597 et 598, sans constater l'état de cessation de payements, et semblent faire résulter la suspension de payements du traité amiable lui-même.

Ces deux arrêts sont dépourvus, à ce point de vue, de toute valeur juridique.

Il suit de ces principes que les sommes payées, en vertu de ces engagements particuliers, par le débiteur qui plus

Digitized by Google

tard tombe en faillite, ne sont point en principe sujettes à rapport. (V. arrêts de Paris des 30 mars 1843 et 11 janvier 1844 précités.)

Aussi, le débiteur ne pourra-t-il exercer aucune action en nullité au sujet de l'avantage par lui fait. (Cpr. Paris, 30 mars 1843 précité.)

Donc, et en principe, ces stipulations sont toujours valables.

13. Il arrive que le débiteur, pour obtenir l'adhésion de ses créanciers, dissimule parfois certaines de ses dettes. A diverses reprises, j'ai eu à constater des omissions de ce genre et à faire valoir les droits de créanciers qui n'avaient pas été appelés au concordat amiable.

Que peuvent-ils faire? A coup sûr, si leur débiteur ne les désintéresse pas et que leur créance soit commerciale, ils pourront faire déclarer la faillite : le plus souvent, il arrivera que devant des poursuites de cette nature ils recevront satisfaction.

Mais, s'il n'en est pas ainsi, pourront-ils revenir sur le traité? L'article 1167 du Code civil leur ouvre une action utile, pourvu qu'il y ait fraude. Or, dans le plus grand nombre des cas, comme je l'ai reconnu, les créanciers contractants ont été de bonne foi, et ont cru, sur les affirmations du débiteur, que la liste détaillée de ses dettes qu'il leur présentait était complète. Les créanciers n'étaient pas tenus de se livrer à un examen approfondi des livres, pour contrôler les déclarations qui leur étaient faites. Quelquefois, même, les créances dissimulées ne figurent pas sur les registres. Ce sont d'ordinaire des prêts consentis par des amis du débiteur, et que ce dernier se flatte de faire attendre. Ce débiteur a intérêt à les cacher, afin de ne pas présenter une situation passive trop mauvaise. La déclaration de faillite n'aboutira à rien, puisque, comme nous l'avons indiqué plus haut, le traité amiable (puisqu'il n'y a pas cessation de payements) ne tombe pas, malgré le remontement de la faillite, à moins de dix jours après l'époque à laquelle il a été conclu.

14. La remise accordée par un des créanciers dont la dette est cautionnée par un tiers, a-t-elle pour résultat, quoique intervenue à l'occasion d'un concordat amiable, de libérer la caution?

La réponse n'est pas douteuse, et les articles 1287 et 2011

Digitized by Google

du Code civil peuvent être invoqués utilement par les cautions. Il s'agit, incontestablement, ici, d'une remise libre et volontaire, opérant la libération complète des débiteurs, et entraînant, par suite, l'extinction de l'obligation accessoire de cautionnement. Notre Code ne distingue pas, comme la loi romaine, entre les remises *in personam*, et les remises *in rem* qui, seules, profitaient à la caution. Le rapprochement des articles 1285 et 1287 fournit un argument sans réplique en sens contraire.

15. Mais, le créancier ne pourrait-il pas, en faisant remise au débiteur principal, réserver ses droits à l'égard de la caution? La négative doit être adoptée pour les motifs suivants : « Le créancier, — dit M. Larombière, Obligations sur l'ar- « ticle 1287, n° 1, — n'a, dans ce cas, aucuns droits qu'il « puisse réserver utilement contre la caution, car cette réserve « aboutit, dans son exercice, ou à un recours des cautions « contre le débiteur, ce qui rend la remise sans effet, ou à « un payement de la part des cautions, sans recours contre « le débiteur, ce qui est contraire aux dispositions de l'ar- « ticle 2037, qui prononce la libération de la caution quand « le créancier ne peut, par son fait, la subroger à ses droits. » (V. aussi Aubry et Rau, 4e édit., t. IV, p. 205 et note 23; Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 407; Demolombe, t. XXVIII, n° 462. — Cpr. Troplong, *Du cautionnement*, n° 505. — *Contrà*, Zachariæ, § 324, note 17.)

Une distinction est, cependant, proposée par les rédacteurs du *Dictionnaire du Notariat*, v° REMISE DE DETTE, n° 81, et par M. Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, *eodem verbo*, n° 88. D'après ces auteurs, lorsqu'une réserve serait faite par le créancier contre la caution, la réserve devrait s'entendre en ce sens que, la remise faite au débiteur n'aurait trait qu'à la remise des poursuites à exercer à son encontre, la renonciation à un droit ne devant jamais être présumée.

Il ne nous semble pas possible d'interpréter ainsi la réserve faite, et nous repoussons entièrement ce raisonnement.

16. Ce n'est pas à dire, toutefois, que le créancier soit dépourvu de tous moyens de conserver le bénéfice de son cautionnement, en concourant au concordat amiable.

Le créancier pourra, en faisant connaître à la caution le projet d'arrangement amiable, exiger d'elle un engagement

Digitized by Google

écrit de ne point opposer sa décharge; il pourra encore réclamer d'elle le renouvellemeut de son obligation de garantie, pour la partie de la dette qui doit faire l'objet de la remise. D'autres fois, il arrivera que la caution sera appelée au traité, et qu'elle apposera sa signature au-dessous d'une clause stipulant qu'elle ne se considère pas comme dégagée. (Cpr. Cass., 26 mai 1846, P., 46, 2, 744; S., 46, 1, 739, et les notes; Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 381.)

De même, aussi, pour obéir aux articles 2037 et 2025 du Code civil, le créancier pourra ne consentir la remise de dette que sous la réserve de ses droits contre la caution, et sous la condition que le débiteur ne pourra jamais opposer cette remise si le créancier était obligé de consentir une subrogation au profit de la caution qui l'aurait payé. De la sorte, en effet, la position de la caution n'est point aggravée : aucune atteinte n'est portée aux droits du créancier contre la caution, et ceux de la caution contre le débiteur originaire, sont pleinement respectés. (Voir Orléans, 6 juin 1868, P., 1869, p. 87; D. P., 68, 2, 224.)

17. Ces remises, doivent-elles être traitées comme des libéralités au point de vue du rapport et de la réduction dans les successions?

Presque toujours, le concordat amiable est fait comme le concordat judiciaire, en vue et en considération des ressources qui restent au débiteur; il est proportionné, dans les obligations qui le frappent, à l'avoir qu'il possède. De là, cette présomption ordinaire que la concession faite, loin de déguiser un avantage indirect, n'est que l'accomplissement d'un sacrifice nécessaire.

Dans le cas qui nous occupe, à la vérité, comme nous supposons dans cette section que la cessation de payements n'existe pas, l'*animus donandi* pourra peut-être se rencontrer. Ce sera une question d'appréciation.

Mais, les sommes remises ne seront-elles pas sujettes au rapport, à titre de rapport de dettes? (V. pour l'affirmative : Pothier, *Successions*, ch. 4, art. 2, § 2; Duranton, t. VII, n° 310; Labbé, *Revue pratique*, t. VII, p. 487-489. — Voir pour la négative, Demangeat sur Bravard, t. V, p. 444-445.)

18. Dans notre espèce, le concordat amiable se concluant avant toute cessation de payements, les articles 557 et sui-

Digitized by Google

vants, du Code de commerce, relatifs aux droits des femmes, ne reçoivent aucune application. Les créanciers feront sagement, lorsque l'actif leur sera abandonné, et afin d'être préservés des effets de l'hypothèque légale de la femme (Cpr. Cass., 28 avril 1869, P., 69, 777; S., 69, 1, 313; D. P., 69, 2, 443 et la note), de s'y faire subroger, ou d'obtenir toutes mainlevées, ou renonciations à ses revendications, lorsque le régime matrimonial le permettra, afin de ne pas avoir à souffrir de la séparation de biens qui pourrait être obtenue.

§ 2. — *Du concordat amiable sous la forme d'un contrat d'atermoiement.*

19. Le concordat amiable prend le nom de contrat d'atermoiement lorsque les créanciers sont d'accord *pour concéder des délais* à leur débiteur commun. Ce dernier n'abandonne plus son actif; on se contente d'éloigner, de retarder les échéances. Souvent, il intervient une remise partielle de la dette; d'autres fois, un dividende est payé immédiatement, et d'autres dividendes sont stipulés payables à divers termes fixés. D'ordinaire, des cautionnements sont fournis par des tiers, afin d'assurer le payement des dividendes atermoyés.

20. Pour examiner à fond l'état de choses ainsi créé et ses conséquences, nous supposerons un contrat d'atermoiement consenti dans les conditions suivantes : Il est fait remise au débiteur par ses créanciers de 40 p. 100. Les 60 p. 100 restants sont distribués en trois dividendes : le premier, de 40 p. 100; les deuxième et troisième de 10 p. 100 chacun. Le premier dividende *est payé le jour même de l'acte*, soit en marchandises par l'abandon d'une partie de l'actif, soit par l'effet d'un transport de créances signifié ou accepté, ou encore, il est soldé en espèces ou en effets de commerce. Les deux autres dividendes sont exigibles successivement à 6 mois et 1 an de date. Pour en garantir le payement, des tiers consentent un cautionnement soit par un acte spécial, soit par lettre, soit par aval des lettres de change souscrites par le débiteur, etc., etc.

Diverses questions peuvent naître; nous n'avons pas la prétention de les examiner ou de les résoudre toutes; nous signalerons celles qui se présentent le plus naturellement à l'esprit.

Digitized by Google

21. Il faut supposer d'abord que, postérieurement au contrat, et, après avoir repris ses affaires, le débiteur commerçant suspend ses payements et tombe ainsi virtuellement en état de faillite, avant, soit que le deuxième, soit que le troisième dividende atermoyé, aient été payés, ou bien après exécution complète du traité.

Il peut se faire que, soit le jugement déclaratif, soit le jugement ultérieur, fassent remonter la faillite à une époque postérieure au contrat, *mais à moins de dix jours du contrat.* Il n'y a rien d'impossible à cela. Un créancier, omis à l'insu des autres créanciers, aura, par exemple, fait protester les valeurs qu'il avait en mains, et assigné en déclaration de faillite. Ce créancier aura pu être désintéressé, mais le tribunal, prenant les exploits de protêt et d'ajournement en considération, s'appuiera sur eux pour fixer l'époque de la cessation des payements? Qu'arrivera-t-il, si le syndic demande la nullité de l'arrangement et veut faire rapporter la valeur du dividende perçu le jour de l'acte et le ou les dividendes perçus depuis?

22. En ce qui concerne le premier dividende, perçu lors de l'acte, le traité ne peut être régi par l'article 446 du Code de commerce. Ce texte ne vise que les stipulations ou les actes à l'aide desquels un ou plusieurs des créanciers pourraient obtenir de leur débiteur, *en état de cessation de payements* ou *dans la période de dix jours qui précède cet état*, des avantages particuliers, réalisés d'une façon anormale. Mais il serait étrange que les prescriptions de l'article 446 pussent atteindre un traité souscrit par la généralité des créanciers, faisant à tous une situation exactement pareille. « Où trouverait-on la masse, par rapport à laquelle « la convention pourrait être annulée, puisque le débiteur « est, à ce moment, libéré envers ses créanciers qui, à la « suite d'un sacrifice égal, obtiennent une égale condition? « Obliger les créanciers à rapporter les marchandises ou « les créances reçues, ou en défaut leur valeur, ce serait « attribuer aux créanciers survenus postérieurement au « contrat d'atermoiement,... des droits sur une portion « d'actif, qui, n'étant plus dans le patrimoine de leur dé- « biteur, au moment où ils ont traité avec lui, n'a jamais « pu être leur gage. » (Cpr. Bordeaux, 5 avril 1870, P., 1870, 1163; S., 70, 1, 311.)

Digitized by Google

Et nous appliquerions même cette solution au cas où ce serait un des créanciers concordataires qui aurait provoqué la déclaration de faillite pour non payement des dividendes postérieurs au contrat.

Nos conclusions ne changeraient pas, alors même que les parts des créanciers auraient été inégales, si, d'ailleurs, ils avaient été d'accord sur les bases de la répartition, et nous y persisterons encore au cas de fraude, relativement au maintien du traité, par rapport à la faillite, sauf pour les créanciers lésés le droit de faire rétablir l'égalité.

23. Mais si tous les dividendes avaient été payés, devraient-ils être restitués?

Distinguons.

C'est le débiteur principal, le failli, qui les a payés. Nous pensons que sa libération, n'ayant pu avoir lieu qu'aux dépens de l'actif nouveau existant après le concordat, les dividendes peuvent être sujets à restitution. Les biens du débiteur, après le contrat, ont formé le gage des créances créées depuis. (Cpr. Bordeaux, 5 avril 1870 précité.)

L'article 447 du Code de commerce pourra être invoqué, et le tribunal consulaire aura le droit, d'après les circonstances, d'ordonner le rapport, bien que le contrat soit, en principe respecté. (Cpr. Bordeaux, 4 août 1868, P., 60, 1163; S., 70, 2, 311; D. P., 71, 2, 104.)

Et il n'y a pas de recours possible contre les cautions, puisque le payement avait éteint leurs obligations.

24. Le débiteur principal n'ayant pas pu s'exécuter aux échéances convenues, les créanciers ont recouru contre les cautions qui ont rempli leurs engagements. Les dividendes ainsi reçus devront ils être rendus?

La négative nous paraît devoir être adoptée. La sûreté fournie par le cautionnement a été stipulée en vue de ce qui s'est réalisé. La caution ne saurait se plaindre. Le contrat d'atermoiement n'est pas résolu : loin de là! il a reçu son exécution et la caution n'a fait qu'accomplir l'obligation à laquelle elle était astreinte.

Ici, il faudrait invoquer, non plus l'article 447, mais les articles 597 et 598 du Code de commerce, et nous avons déjà démontré que ces articles ne pouvaient recevoir d'application que tout autant qu'il y avait cessation de payements. C'est ainsi qu'il a été jugé, notamment, qu'ils ne

Digitized by Google

sauraient être appliqués au cautionnement fourni par un tiers, avant la faillite, en faveur d'un créancier qui consent à accorder terme et délai au débiteur. Cpr., Aix, 28 février 1868 P., 68, 676; S., 68, 2, 144; Cassation, 17 avril 1849; P., 49, 2, 255 : S., 49, 1, 389; D. P., 49, 1, 216 et la note.)

La raison en est, comme le dit justement la Cour d'Aix, que le cautionnement fourni par un tiers, n'enlève rien à l'actif du failli, et qu'il ne fait que substituer la caution au créancier originaire, au cas où elle aurait payé la dette.

Cpr. Bravard, édit. Demangeat, t. 6, p. 124; Cadrat, *Des faillites*, p. 613 et 614; Alauzet, t. IV, n° 1938.

25. Il est vrai que ces arrêts et ces auteurs, considérant qu'il en serait autrement si le créancier avait sollicité ce cautionnement comme condition de son adhésion au concordat amiable. Nous l'admettons et y reviendrons plus loin, dans notre section deuxième, mais il faut que la cessation de payements soit constatée, et, comme nous l'avons dit et répété, tant qu'il n'y a pas suspension de payement, et sauf l'exercice de l'action prévue par l'article 1167 du Code civil, il n'y a pas lieu d'user des dispositions des articles 597 et 598.

26. Ceci précisé, il est certain que l'analogie entre la situation d'un créancier isolé et celle de la collectivité des créanciers, est évidente. Les créanciers, recevant tous le bénéfice du cautionnement, sont tous dans une position identique, et si un créancier peut, seul, stipuler un cautionnement, tous les créanciers ont certainement le même droit.

De tout ceci, il ressort encore, que pour se mettre à l'abri de toute demande en restitution, les créanciers feront sagement de s'adresser toujours aux cautions. Ils agiront prudemment en obtenant toujours de la caution, lors de son engagement, sa renonciation formelle au bénéfice de discussion.

Les dividendes ne seront pas remboursables, et, seules, les cautions auront à produire dans la faillite, si elles n'ont pas été remboursées par le débiteur principal. Que si ce dernier avait payé les cautions, l'article 447 du Code de commerce pourrait être invoqué contre elles, mais jamais contre les créanciers cautionnés.

Digitized by Google

Posons, en passant, une autre espèce : Le créancier garanti, voulant avoir payement du deuxième dividende, poursuit le débiteur principal qui, ne pouvant faire honneur à son engagement, est déclaré en faillite. Le créancier cautionné produit à la faillite, et il se retourne ensuite vers la caution. Celle-ci est-elle fondée à refuser de s'exécuter à cause de l'état de faillite?

Non, dit l'arrêt d'Aix, du 28 février 1868, précité. Voici les motifs donnés : « Le cautionnement n'a fait que substituer « les cautions aux créanciers originaires, pour le cas où les « cautions payeraient la dette du failli. Les cautions ne peu- « vent pas prétendre être libérées, parce que les créanciers, « garantis par elles, ont provoqué la déclaration de faillite « du débiteur cautionné;... le cautionnement n'a été subor- « donné à aucune condition... la faillite est un état légal qui « résulte de la cessation des payements, et que les créan- « ciers cautionnés ont pu faire déclarer. »

Section II. — Du concordat amiable conclu en état de cessation de payements.

28. Le concordat amiable ne se forme, d'habitude, que sous l'influence d'une cessation de payements. Après des protêts, des assignations en condamnation, et, après avoir cherché vainement à relever ses affaires compromises, le débiteur, sentant qu'il ne peut aller plus loin, convoque ses créanciers, leur expose sa situation et ses ressources, et leur propose un arrangement, dont l'exécution est le plus souvent garantie par des tiers.

29. Aux termes de l'article 437 du Code de commerce, tout commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite. La doctrine et la jurisprudence ont, depuis longtemps, décidé par interprétation de ce texte, que l'état de faillite ne dépend point de l'accomplissement des formalités tracées par la loi commerciale, mais tient essentiellement à la situation réelle du commerçant, et que, dès qu'il y a suspension de ses payements, il y a faillite. Toute la question réside dans l'appréciation, d'ailleurs souveraine, des juges du fond, constatant l'état de cessation de payements.

Nous supposons donc le débiteur commerçant en état de cessation de payements. Examinons diverses espèces.

Digitized by Google

30. Soit, par exemple, un concordat amiable stipulé et arrêté avec les créanciers, contenant une remise de 70 p. 100. Le dividende de 30 p. 100 est payé le jour même de l'acte, soit en espèce, soit en marchandises, et quittance finale est donnée. Plus tard, un jugement déclare le débiteur concordataire, en état de faillite, *et en fait remonter l'ouverture au jour du contrat amiable.*

Faudra-t-il admettre que le syndic nommé, puisse obtenir l'annulation du traité ? Nous ne saurions le penser, et ne pouvons qu'approuver la décision de la Cour de Bordeaux, du 5 avril 1870, visée plus haut, et parfaitement motivée. Après avoir démontré que les articles 446 et 447 ne sont point applicables, l'arrêt dit, qu'on cherche inutilement « quelle est « la masse, par rapport à laquelle ces conventions pourraient « être annulées, puisque le débiteur est, par ce traité, et au « moment du traité, libéré envers tous ses créanciers, et, « quels sont les créanciers, au préjudice desquels elles avaient « été faites, puisque tous, à la suite d'un sacrifice égal, ont « obtenu une égale condition; qu'annuler un tel traité, ce « serait, d'une part, attribuer aux créanciers survenus pos- « térieurement au concordat amiable, et à son exécution, « des droits sur un actif qui, n'étant plus dans le patrimoine « de leur débiteur, au moment où ils ont traité avec lui, n'a « jamais été leur gage, et, d'autre part appeler les créanciers « concordataires qui, cependant, avaient pleinement libéré « leur débiteur, à prendre part à un nouvel actif sur lequel, « n'étant plus créanciers, ils n'ont jamais eu aucun droit. »

31. Mais qu'adviendra-t-il, si un ou plusieurs créanciers commerçants avaient été omis au traité ?

Ils provoquent la faillite, ou bien y produisent lorsqu'elle est déclarée. Ils entrent ainsi dans la masse représentée par le syndic (Cpr. Aix, 5 mai 1845, P., 48, 1, 589; S., 46, 2, 169; D. P., 45, 1, 136). Celui-ci pourra-t-il dans ce cas obtenir l'annulation du traité ? nous sommes pour l'affirmative. L'article 446 du Code de commerce, sera fréquemment applicable : au demeurant, l'article 447 pourra être souvent invoqué, parce que l'état de cessation de payements aura été connu des créanciers contractants.

Cpr. en ce sens, Bordeaux 4 août 1868, visé plus haut, aux termes duquel le rapport des sommes payées en exécution

Digitized by Google

du contrat d'atermoiement est dû, lorsque chacun des créanciers n'a pas perçu un à-compte proportionnel à sa créance (Consulter aussi Cass., 20 juin 1849, P., 1850, 1, 652; S., 50, 1, 620; D. P., 50; 1, 83). Dans une affaire qui m'a été soumise, les créanciers, afin de tourner l'article 446 du Code de commerce et de conclure un arrangement qu'ils voulaient rendre inattaquable, avaient procédé comme il suit :

Le débiteur n'ayant que des marchandises, et ne pouvant offrir aucun cautionnement, les créanciers l'avaient déterminé à vendre ses marchandises à un tiers fort solvable, lequel avait souscrit au profit du vendeur des effets de commerce que ce dernier avait passés à un des créanciers chargé de faire la répartition. Moyennant cette transmission, quittance entière avait été donnée par tous les créanciers.

Il se trouva que deux créanciers n'avaient pas été appelés, à l'insu, du reste, des autres qui procédaient de très-bonne foi. La faillite fut prononcée, à leur requête, avec report au jour du traité, et le syndic porta devant le tribunal de commerce, en sa qualité de représentant de la masse dans laquelle figuraient les deux créanciers omis, une action qui fut accueillie. Le contrat a été annulé en vertu de l'article 446 du Code de commerce. J'avais donné le conseil aux créanciers concordataires de faire offre aux deux créanciers omis des sommes qui leur étaient dues, et je crois que si cela avait été fait, la demande du syndic aurait dû alors être rejetée, puisqu'il n'aurait représenté que des créanciers postérieurs.

Une autre hypothèse doit aussi être envisagée : tous les créanciers commerciaux ont figuré au traité, qui a été exécuté, ou qui se trouve, — si des dividendes ont été atermoyés, — en cours d'exécution. Un créancier civil, a été omis. Pourra-t-il, pour obtenir la déclaration de faillite, exciper de la cessation de payements antérieure à sa demande, et suivie, avant cette demande, d'un acte d'atermoiement dont les conditions seront parfaitement exécutées? nous déciderons qu'il ne peut demander la déclaration de faillite, puisqu'il a été ainsi satisfait à toutes les dettes commerciales. (Besançon, 6 février 1865, D. P., 65, 2, 52.)

32. Prenons une autre espèce. Le concordat amiable contient une remise de 50 p. 100. Les 50 p. 100 restants sont payés : 25 p. 100 en nature ou bien en espèces, le jour du

Digitized by Google

contrat, 25 p. 100 sont atermoyés à une année, ou si l'on veut garantis par un cautionnement.

La faillite est prononcée avant le payement du deuxième dividende, quel sera le sort de ce contrat d'atermoiement? Il pourra être évidemment résolu pour cause d'inexécution des conditions, conformément à l'article 1184 du Code civil. Mais, pour cela, il faut, à notre avis, que les créanciers contractants, en forment la demande en justice, ou bien en témoignent la volonté en produisant à la faillite. Le failli ni le syndic ne pourraient, selon nous, en réclamer l'annulation que dans le cas où des créanciers antérieurs, omis au traité et non payés, feraient partie de la masse.

Les créanciers concordataires auront donc le choix de ne pas produire à la faillite pour le reliquat de leurs créances et de se contenter alors du premier dividende parce qu'il ne sera pas rapportable. Ils auront fréquemment intérêt à agir ainsi. C'est sous le bénfice de cette option et de cette réserve qu'il faut étudier les arrêts de cassation du 11 mars 1868 (P., 69 21; S., 69, 1, 15; D. P., 68, 1, 434) et Bordeaux, 9 mai 1828 (P. chronologique; S., chronologique; D. P., 29, 2, 225) et 31 août 1831 (P., 1832, 1, 434; D. P., 31. 2, 259).

Au cas où le deuxième dividende serait garanti par un cautionnement, les créanciers auraient-ils le droit, en s'abstenant de produire à la faillite, et en recourant contre la caution, (au cas de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion) de réaliser ainsi leur entière créance, sans avoir à redouter une action quelconque de la part de la faillite?

33. Ceci nous conduit tout d'abord à examiner la validité de ces cautionnements stipulés pour assurer l'exécution des concordats amiables.

Nous pensons que les cautionnements sont inattaquables et valables malgré la cessation de payements, pourvu toutefois qu'ils n'aient pas été stipulés d'une manière individuelle et exclusive. Cela revient à dire que les sûretés données lors du concordat, à la collectivité des créanciers, qui en bénficient tous, ne peuvent tomber sous le coup d'une action en nullité. Si donc les garanties ont été fournies d'une façon licite, rien n'empêche les créanciers d'en tirer profit. Ils seront donc, ainsi, intégralement désintéressés (Cpr. Toulouse 17 août 1864, P., 64, 1267; S., 64, 2, 283; D.P., 64, 2, 189).

Digitized by Google

Si la faillite intervenait après que le deuxième dividende a été payé par *le débiteur principal*, ce dividende pourrait être soumis à une action en répétition basée sur l'article 447. Aucun recours ne pourrait être exercé à l'égard des cautions. Mais les cautions seront tenues, même au cas d'annulation du concordat, lorsque le payement n'aura pas été effectué par l'obligé direct.

34. Plaçons-nous dans une autre hypothèse.

Un contrat d'atermoiement est stipulé; mais le débiteur, au lieu de se libérer au comptant en exécution du traité, paye seulement quelques-uns d'entre eux et dans des proportions inégales pour leurs créances. Il y a ici contravention aux articles 446 et 447 qui ont pour but de maintenir l'égalité entre tous les créanciers puisque ici des avantages particuliers sont faits à ceux qui reçoivent, seuls, des payements d'ailleurs inégaux. Le rapport des sommes reçues doit donc être effectué. Bordeaux 4 août 1868 déjà cité. Cpr. Cassation 11 mars 1868, précité.

35. On a le droit, ici comme dans les autres situations que nous avons analysées à la section première, de désintéresser les créanciers non-adhérents au contrat, afin de le conclure avec l'unanimité des créanciers restants.

36. Mais on ne pourra insérer dans le concordat amiable des clauses établissant des conditions différentes, ou des avantages au profit de quelques créanciers. La cessation de payements existante prohibe toute convention de ce genre, à moins de complet accord (Cpr. *a contrario* Paris 15 décembre 1863, P., 64, 413; S., 64, 2, 39; D. P., 64, 5, 178).

Il est en effet généralement admis, comme nous l'avons exprimé plus haut, que la faillite résultant de la suspension des payements indépendamment de toute déclaration judiciaire, les conventions à l'aide desquelles des avantages particuliers sont accordés à un créancier, dans un concordat amiable ou en dehors de ce concordat, par un commerçant qui a cessé ses payements, doivent être déclarées nulles, conformément aux articles 597 et 598 du Code de commerce.

(Cass. 4 juillet 1854, P., 55, 1, 208; S., 54, 1, 785; D. P., 54, 1, 405. — Paris, 27 décembre 1854 et 1er février 1855, P., 55, 1, 208; S., 56, 1, 801; D. P., 55, 5, 216. — Cass. 8 janvier 1855, P., 57, 91. — Orléans, 8 novembre 1859,

Digitized by Google

P., 1860, 408; D. P., 59, 2, 219. — Voir aussi : Aix, 5 mai 1845 plus haut cité ; — Paris, 24 novembre 1847, P., 47, 2, 756; S., 48, 2, 12; D. P., 47. 2, 210; — Paris, 2 février 1848, P., 48, 1, 674; — Paris, 24 avril 1850, D. P., 50, 5, 223; — Nîmes, 6 janvier 1852, D. P., 52, 2, 159; — Paris, 20 juin 1850 P., 50, 2, 187; D. P., 52, 2, 158; — Paris, 4 avril 1853, P., 53, 2, 394; D. P., 54, 5, 359. — Deux arrêts : Cass. 22 août 1866, P., 66, p. 1061 et 1064; S., 66, 1, 389; D. P., 66, 1, 143; — Lyon, 20 janvier 1869, P., 69, 335; S., 69, 2, 68; D. P., 69, 2, 52. — Cass. 6 novembre 1866, D. P., 66, 1, 441; — Aix, 16 juin 1870, P., 70, 1089; S., 70, 2, 288; D. P., 71, 2, 107.—V. Gadrat, *Faillites*, p. 612; Larroque-Sayssinel, *Faillites*, t. II, sous l'article 597, n° 4.)

Seulement il faut que les juges constatent expressément l'état de cessation des payements.

(Cass. 28 décembre 1840, P., 41, 1, 169; S., 41, 1 31; D. P., 41, 1, 57; — 20 juin 1849, P., 50, 1, 652; S., 50 1, 620; D. P., 50, 1, 83 et la note. — Montpellier, 5 novembre 1855, D. P., 55, 2, 318.)

37. L'opinion contraire a, il est vrai, des partisans. Pour ne citer que le plus considérable nous indiquerons M. Demangeat sur Bravard, t. VI p. 117 et 139 dont voici les raisons : « Pour que le créancier puisse être condamné cor-
« rectionnellement par application de l'article 597, il faut
« que le débiteur soit en état de faillite : par conséquent, il
« faut nécessairement, suivant moi, qu'il existe un jugement
« déclaratif de faillite émané de la juridiction commerciale.
« Au contraire, pour qu'une convention du genre de celle
« que prévoit l'article 597, puisse être annulée, pour que le
« rapport des sommes reçues en vertu d'une pareille conven-
« tion puisse être ordonné, il n'est point indispensable
« qu'auparavant la faillite ait été déclarée : sans être dans
« les termes de l'article 597 du Code de commerce, nous
« pouvons être dans ceux de l'article 1131 du Code civil,
« d'après lequel la convention sur cause illicite est nulle.
« Ainsi, je suppose que de fait, un commerçant a cessé ses
« payements; il réunit ses créanciers, et ceux-ci sur sa pro-
« position lui font remise de 60 p. 100. Cette remise est con-
« sentie à l'unanimité par tous les créanciers, et la faillite du
« débiteur n'est point déclarée. Mais l'un des créanciers, le

Digitized by Google

« jour même où intervenait cet arrangement, s'était fait « compter, par le débiteur, une certaine somme pour prix « de son adhésion. J'admets sans difficulté que le traité par- « ticulier dont il s'agit doit être annulé et qu'il y a lieu d'or- « donner le rapport de la somme reçue en vertu dudit traité; « mais en l'absence d'un jugement déclaratif de faillite, « rendu par le tribunal de commerce, il m'est impossible « d'admettre que le créancier puisse, en outre, être frappé « de la peine correctionnelle édictée par l'article 597. » M. Demangeat ajoute, « c'est seulement sur ce dernier point « que je m'écarte de la jurisprudence. » (Consulter aussi Toulouse, 17 août 1864, précité.)

Nous ne pouvons adopter ce système, même avec les nuances de M. Demangeat. On ne saurait confondre les formalités relatives à l'organisation, à l'administration et à la liquidation de la faillite, avec les conséquences juridiques attachées à l'état de faillite. La faillite est un fait qui existe par lui-même, et que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas. Sans doute, le jugement déclaratif est indispensable, pour que la faillite puisse suivre régulièrement son cours; mais, lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur des actes consentis par le débiteur au détriment de la masse, c'est au fond des choses plutôt qu'à leur forme intrinsèque qu'il convient de s'attacher. Prétendre qu'un commerçant qui a cessé ses payements, pourra favoriser impunément quelques-uns de ses créanciers au détriment des autres, parce que sa faillite existant de fait n'a point été encore judiciairement déclarée; c'est aller contre les principes, c'est retrancher du Code plusieurs dispositions formelles qui frappent de nullité des actes antérieurs à toute déclaration judiciaire. C'est avec raison que l'on décide qu'un tribunal civil, un tribunal correctionnel, peuvent constater la faillite, en dehors de tout jugement déclaratif émané de la juridiction consulaire, par cela seul que l'état de cessation de payements est dûment précisé et caractérisé.

Le débiteur qui a consenti des engagements secrets au profit de certains créanciers y a, toujours et nécessairement, été amené par une contrainte morale exercée contre lui ; la menace d'une faillite, du déshonneur et de la ruine ont été pour lui les considérations déterminantes sous l'influence

Digitized by Google

desquelles il a agi. Le créancier qui stipule secrètement et à son profit des avantages particuliers à la charge de l'actif du débiteur, après avoir donné ostensiblement son adhésion à l'arrangement convenu avec tous les créanciers, commet évidemment un acte de mauvaise foi qui, blâmable seulement s'il n'y avait pas faillite, devient punissable, dès lors que la cessation de payement existe (Cpr. Paris, 15 décembre 1863 précité.)

38. Et il n'est pas nécessaire que l'avantage particulier ait été stipulé comme condition du vote du concordat (voir le texte de l'article 597). Mais, sur ce point, des discussions se sont élevées. Certains concordats amiables ayant été faits moyennant l'abandon de tout l'actif, il y a eu néanmoins des conventions particulières obligeant le débiteur à payer une somme plus considérable que celle déterminée comme dividende par la liquidation de l'actif. Dans cet état, on a voulu dire qu'il n'y avait point lieu à annulation, puisque tout l'actif avait été abandonné et que ce n'étaient que les biens futurs que l'on grevait. On ne peut, disait-on, appauvrir l'actif, puisqu'il est abandonné tout entier. Ce raisonnement simplement spécieux ne doit pas arrêter l'attention; s'il n'y a pas trafic d'un vote, il y a création d'une inégalité en contravention à la règle d'égalité de l'article 565 du Code de commerce, et cela suffit. (V. les deux arrêts de cassation précités du 22 août 1866).

39. Cette même argumentation, on a essayé aussi vainement de la faire valoir pour demander le maintien de l'avantage particulier consenti, non plus par le débiteur, mais par une tierce personne. Il a été avec raison jugé que le traité consenti au profit de l'un des créanciers du débiteur pour prix de son adhésion au concordat amiable arrêté avec celui-ci est nul, encore bien qu'il ait été consenti par un tiers et que l'avantage qui en résulte pour ce créancier ne soit pas à la charge du failli. (Lyon, 20 janvier 1869 et Aix, 16 juin 1870 précités.)

Cela ne saurait souffrir de difficulté : « Dans le cas prévu « par la première disposition de l'article 597, dit M. Alauzet, « n° 1937, la pénalité est encourue, aux termes de la loi, « soit que les avantages particuliers aient été assurés par le « débiteur failli ou par toute autre personne, même bénévo-

Digitized by Google

« lement et de manière à ne changer en aucune façon l'actif « de la faillite; ce que la loi punit, c'est la vente de son « vote faite par le créancier, parce qu'il aura toujours pour « objet d'accorder ou de refuser une mesure qui peut être « une garantie des intérêts communs et froisser, par consé- « quent les droits des créanciers comprenant la masse. »

(Cpr. encore Renouard, *Faillites*, t. II, p. 486; Bédarride, *id.*, t. III, n° 1211; Esnault, *id.*, t. III, n° 717; Laisné, *id.*, p. 628; Boileux sur Boulay-Paty, *id.*, t. II, n°s 1141 et 1151; Larroque-Sayssinel, t. II, sur l'article 597, n° 10. — Cpr. en sens contraire, Toulouse, 17 août 1864 précité.)

40. D'autre part, il convient de préciser que, cependant, les articles 597 et 598 demeurent inapplicables aux avantages particuliers qui seraient consentis par un tiers, mais sans recours contre le débiteur en état de faillite. (Cass. 16 mai 1868, D. P., 69, 1, 92.)

41. On doit considérer comme un avantage particulier la convention en vertu de laquelle un créancier qui, comme tous les autres créanciers, aurait consenti, par exemple, au débiteur, dans le traité, un relâchement de 70 p. 100 se ferait souscrire des valeurs pour la somme remise et obtiendrait, de cette façon, des suppléments de dividende. (Cpr. Bordeaux, 5 avril 1870 précité. V. Lyon, 26 décembre 1866; P., 67, 1256; S., 67, 2, 347; D. P., 69, 2, 11.)

Et il en est ainsi, bien que le traité stipulant ces avantages particuliers soit antérieur aux dix jours qui ont précédé la date à laquelle a été fixée l'ouverture de la faillite postérieurement déclarée si les juges du fait constatent qu'il y avait cessation de payements. (Cass. 22 août 1866 précité.)

42. Il reste à savoir par qui la nullité édictée par les articles 597 et 598 peut être demandée.

Comme il s'agit de la violation d'un principe d'ordre public, elle pourra être invoquée :

1° Soit par le débiteur commerçant lui-même qui a le droit de répéter les sommes par lui indûment payées, ensuite de ces conventions. La maxime : *Nemo auditur allegans turpitudinem suam*, n'est pas applicable. C'est ce qui résulte de l'article 597 lui-même. (V. Cass. 8 août 1848; Paris, 27 décembre 1854 et 1er février 1855 précités.)

2° Soit par le syndic de la faillite survenue postérieure-

Digitized by Google

ment au traité amiable. (Cass. 22 août 1866-6 novembre 1866. — Bordeaux, 5 avril 1870 précités.)

3° Soit par un des créanciers du débiteur, même postérieur aux conventions constituant avantage, en vertu de l'article 1166 du Code civil. (Cass. 4 juillet 1854 précité. Orléans, 16 janvier 1861, D. P., 61, 5, 225.)

Cependant comme il a été aussi jugé que les créanciers d'un individu déclaré en état de faillite ne peuvent, si les traités amiables consentis par leur débiteur sont antérieurs à leurs créances, demander, en vertu de l'article 1167, la nullité de ces traités comme souscrits en fraude de leurs droits (Cass. 20 juin 1849 précité), il importe de faire la distinction que nous nous sommes attaché à établir entre le traité amiable lui-même et les avantages particuliers qui peuvent le précéder et le joindre.

La Cour de Paris (21 février 1845, P., 45, 2, 44) a décidé que les créanciers sont recevables à intervenir, même après la faillite, dans l'instance en nullité des stipulations particulières.

4° Soit encore par le fidéjusseur qui aurait cautionné l'obligation contenant avantage particulier. (V. Lyon, 20 janvier 1869; Aix, 16 juin 1870 précités. — V. article 2112 C. civ. — Cpr. Troplong, *du Cautionnement*, n°s 89 et 90. — Cpr. art. 1183 et 1184 C. civ.)

42. Quelle sera la durée de l'action en restitution?

La prescription de trois ans s'appliquera incontestablement à l'action civile résultant de l'article 597. Mais le créancier avantagé pourra aussi, pendant trente ans, être l'objet de poursuites si l'action est qualifiée d'action en répétition de l'indu et basée sur ce quasi-contrat. (Cpr. Cour de Dijon, 17 juin 1864 et Cass. 5 mai 1863.)

43. Mais l'engagement de payer tout ou partie de la dette remise, pris par le commerçant dont la faillite non déclarée a été terminée par un arrangement amiable, spontanément après qu'il a été remis à la tête de ses affaires et a fondé une nouvelle maison de commerce, pour le cas où le créancier ainsi avantagé consentirait à lui faire de nouvelles avances et à lui accorder des termes de payement, est valable si ce créancier a accepté l'offre à lui faite et en remplit les conditions.

Digitized by Google

Il existe en effet une obligation naturelle ou morale qui peut redevenir civilement obligatoire.

(Paris, 1er février 1855 précité; — Paris, 24 avril 1858, P., 59, 428; S., 58, 2, 423; D. P., 58, 2, 157; — Cass. 1er décembre 1863, P., 64, 119; S., 64, 1, 158; — Rennes, 8 janvier 1872, P., 72, 462; S., 1872. 2, 91; D. P., 73, 2, 14. — Cpr. Bordeaux, 24 août 1849, P., 1850, 2, 153; S., 50, 2, 17; D. P., 50, 2, 102.)

44. Toutefois il faut bien préciser que de tels engagements sont de nature à être atteints par les articles 597 et 598, par cela seul qu'il peut en résulter pour le créancier, *sans profit nouveau pour le débiteur*, un avantage à la charge de l'actif. Peu importe que la convention soit postérieure au concordat et n'ait pas de relation avec l'adhésion du créancier. (Cpr. Cass., 29 juillet 1874; P., 74, 1237; D. P., 75, 1, 172.)

Au demeurant et pour empêcher toute discussion, nous croyons qu'il sera toujours préférable de convenir que l'engagement particulier ne deviendra réalisable qu'après l'exécution complète, vis-à-vis de tous les créanciers, des stipulations du concordat amiable. (Cpr. Rennes, 8 janvier 1872 précité; Cass., 29 avril 1873; P., 74, 291; D. P., 73, 1, 207; S., 73.)

45. Ce point examiné, demandons-nous pour quelle somme, les créanciers qui avaient accordé un concordat amiable seront en droit de produire à la faillite?

La faillite survient avant qu'ils aient rien reçu, ou bien ayant perçu certaines sommes, ils ont été obligés de les restituer. Dans tous ces cas, seront-ils recevables à réclamer admission pour le montant intégral et exact de leurs créances, plutôt que pour le chiffre établi par suite de la remise partielle de la dette.

Nous admettrons par analogie qu'il échet d'appliquer l'article 526 du Code de commerce. (Paris, 12 novembre 1859, P., 60, 75.)

Toutefois, cette solution, nous le reconnaissons, n'est pas sans présenter des difficultés, au moins en équité. La promesse n'étant pas réalisée, et la remise n'étant jamais que conditionnelle implicitement, on peut dire que les créanciers ont repris leurs droits. (Cpr. Bordeaux, 31 août 1831 précité.) On ne saurait prétendre que le contrat d'atermoiement a opéré une novation des créances. Cassation, 11 mars 1868

Digitized by Google

précité. (Cpr. Paris, 23 juillet 1807; P. et S., chronologique; D. P., 8, 2, 39; — Boulay-Paty, *Faillites*, t. Ier, n° 27.)

Ce sont là des motifs sérieux. Au demeurant, nous n'admettons pas la décision de la Cour de Paris, en ce qu'elle applique l'article 526 du Code de commerce, alors même que le concordat amiable porte que si le débiteur ne paye pas aux échéances fixées, le créancier rentrera dans la plénitude de ses droits pour la totalité de sa créance, déduction faite des à-compte reçus.

46. Les créanciers seront-ils en droit d'ajouter à la somme pour laquelle ils produiront, les intérêts qui pourraient avoir couru depuis le contrat d'atermoiement jusqu'au jour de la faillite.

Nous ne le pensons pas : l'article 445 du Code de commerce leur sera opposable; c'est une conséquence logique de notre opinion qui veut que le seul fait de la cessation des payements entraîne implicitement la faillite. (V. dans ce sens Grenoble, 28 août 1847; P., 48, 1, 688; S., 48, 2, 469; D. P., 48, 2, 137.)

47. Les articles 557 et suivants du Code de commerce sont-ils applicables? L'article 563, notamment, peut-il être invoqué contre la femme du débiteur? L'affirmative nous paraît évidente.

(Grenoble, 20 janvier 1832, P. et S., chronologiques; D. P., 32, 2, 79; — Grenoble, 27 décembre 1833, *id.*; D. P., 34, 2, 83. — Cass. 8 juin 1837, P., 37, 1, 581; S., 37, 1, 920: D. P., 37, 1, 423;—*Id.*, 13 novembre 1838, P. 39, 1, 22; D. P., 38, 1, 401. — Grenoble, 28 août 1847, P., 48, 1, 688; D. P., 48, 2, 137; S., 48, 2, 469. — Metz, 20 décembre 1865, P., 66, 1029; S., 66, 2, 281; D. P., 66, 2, 10. — Renouard, t. I, sur l'article 437, n° 2; Esnault, t. I, nos 83 et 90; Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° Faillite, n° 31; Orillard, *Compét. des trib. de commerce*, n° 499 note; Bédarride, t. III, n° 994; Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*, n° 17.)

Les créanciers concordataires n'auront donc jamais à s'inquiéter de l'hypothèque légale de la femme si ce n'est en dehors des restrictions du Code de commerce. (*Contrà*, Toulouse, 26 août 1828; P. et S. chr., D. P., 29, 2, 175; Bourges, 27 novembre 1830; P. et S. chr.; D. P., 31, 2, 142.)

Digitized by Google

48. Il se présente maintenant une question d'une grande importance. Les remises faites dans le contrat amiable, ou dans le contrat d'atermoiement, libèrent-elles les cautions?

Cette question est l'objet de controverses, mais la doctrine et la jurisprudence sont nettement fixées.

(V. pour l'affirmative : Demolombe, t. XXVIII, p. 330, n° 465 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 206 ; Pardessus, *Dr. commercial*, t. III, n° 1247 ; Alauset, t. V, n° 1850 ; Duranton, t. XII, n° 377. — Cass. 17 juin 1867, P., 67, 964 ; S., 67, 1, 356 ; D. P., 67, 1, 219 ; — *Id.*, 12 novembre 1867, P., 68, 133 ; S., 68, 1, 61 ; D. P., 67, 1, 483 ; — *Id.*, 8 avril 1868, P., 68, 641 ; S., 68, 1, 260. — Caen, 10 juin 1868, P. 68, 984 ; S., 68, 2, 251 ; D, P., 68, 2, 97.)

(V. pour la négative : Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 486 ; Bertauld, note au Dalloz, 68, 2, 97.)

C'est aussi la version des Institutes : « Ecce enim debitor, « si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur : de- « fenditur per exceptionem, si bonis cesserit; sed hæc ex- « ceptio fidejussoribus non datur. » (Livre IV, tit. XIV, § 4.)

(Cpr. Douai, 13 mai 1857, P., 58, 434 ; S., 58, 2. 17 et les notes.) Cet arrêt doit cependant être analysé avec soin. Dans l'espèce, sur laquelle il statue, les créanciers n'avaient fait remise de ses dettes à leur débiteur *que jusqu'à son retour à meilleure fortune*.

Les décisions de la Cour suprême offrent le plus grand intérêt, surtout quand on les rapproche des arrêts par lesquels elle applique les articles 597 et 598, bien qu'il n'y ait pas de faillite judiciairement déclarée, et par cela seul que l'état de cessation de payements est constaté.

Au premier abord, il semble qu'il y ait un défaut de logique dans ces solutions divergentes. Dès l'instant que la Cour de cassation prohibe les avantages particuliers et qu'elle considère que le débiteur n'est plus *integri status*, n'est plus *in bonis*, par le seul fait de la suspension des payements, ne devrait-elle pas exclure, dans le concordat amiable intervenu sous l'empire de ces circonstances, le caractère de stipulation purement volontaire, duquel dérive la libération de la caution ou des codébiteurs solidaires? Cependant, elle déclare que l'article 545 ne peut être invoqué et que les effets du concordat judiciaire ne peuvent appartenir à un arran-

Digitized by Google

gement qui s'est conclu en dehors de toute déclaration de faillite, et de toute vérification des créances ; en un mot en dehors des conditions et garanties légales du régime de la faillite.

C'est que, la Cour régulatrice tout en proclamant l'état virtuel de faillite, n'admet pas qu'il suffise, pour donner à l'acte le caractère dont il serait revêtu, s'il était voté par l'assemblée des créanciers, dans le cours des opérations légales de la faillite. Il n'y a pas, ici, remise forcée : l'élément volontaire est prédominant. Les créanciers n'étaient point obligés d'entrer en convention avec leur débiteur: s'ils ont agi, c'est librement. Il n'y a point là de minorité forcée de subir la loi d'une majorité : tout le monde doit être d'accord et par suite : *Consentienti non fit injuria.*

49. Mais le créancier pourra conserver son recours contre la caution. Pour cela, il devra, dans le traité amiable, réserver ses droits contre elle, *et la faire adhérer expressément à ces réserves.* C'est ainsi qu'il faut interpréter l'arrêt du 13 novembre 1867. (Voir en effet Caen 10 juin 1868 précité. Cpr. Alauzet, t. IV, n° 1850.)

En d'autres termes, il fau le consentement de la caution pour détruire l'effet libératoire résultant de la remise totale ou partielle. Si le créancier, prudent et vigilant, veut éviter des déchéances, il n'a qu'à associer la caution à son œuvre; la lui faire approuver. En stipulant le concordat amiable sans l'assentiment de la caution, il ne peut ensuite agir contre elle, puisqu'il l'a dépouillée de l'exception de discussion. Rien ne peut établir, au regard de la caution, que les biens de l'obligé principal, ont été utilement employés à l'extinction de sa dette. L'application de l'article 2037 est également devenue impossible. Le créancier n'a donc qu'à s'imputer d'avoir agi légèrement et précipitamment.

On ne peut, par analogie, s'appuyer sur l'article 545 du Code de commerce. La loi, par cet article, n'a pas voulu imposer à une minorité l'opinion de la majorité et les conséquences qui s'en déduisent. Elle n'a pas voulu donner à la remise faite dans des conditions de désaccord, le caractère de remise volontaire. Mais l'article 545 ne peut plus être invoqué, lorsque tous les créanciers ont été unanimes pour traiter.

Digitized by Google

50. Ce que nous avons déjà dit, à propos du rapport et de la réduction. relativement à la partie remise de la dette, nous le répétons simplement ici, en faisant observer que d'une manière générale il faut présumer que l'abandon n'a été qu'un sacrifice nécessaire.

CHAPITRE II.

DES CONCORDATS AMIABLES INTERVENUS APRÈS LE JUGEMENT DÉCLARATIF, ET AU COURS DE LA FAILLITE.

51. Il faut, avant toute autre recherche, discuter une question de principe, celle de savoir si, pour que ces concordats puissent être régulièrement faits, on ne devrait pas attendre l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la procédure des faillites. M. Bédarride, *Traité des faillites* t. II n° 526, tient pour l'affirmative. Il s'exprime ainsi : « après « le jugement qui proclame la faillite, l'unanimité des créan- « ciers se prononcerait en vain. Elle ne pourrait arrêter la « marche de la faillite, ni se soustraire à l'application de « l'article 507. Les formalités qui doivent précéder le con- « cordat sont d'ordre public : il n'est donc permis à per- « sonne, d'en empêcher la réalisation » (V. conforme Esnault *Des faillites* t. II, n° 398.)

Cette opinion ne peut être suivie, et depuis longtemps la jurisprudence et la doctrine l'ont condamnée.

(Lyon, 29 août 1849, P., 1850, 1, 347; S., 50, 2, 19; D. P., 50, 2, 38. — Nîmes, 23 juillet 1860, P., 62, 597; S., 61, 2, 229; D. P., 61, 5, 229. — Angers, 2 février 1849, P., 49, 2, 433; S., 49, 2, 276; D. P., 49, 2, 136. — Agen, 23 juin 1859, P., 59, 1021; S., 59, 2, 408; D. P., 59, 2, 175. — Pardessus, *Dr. commercial*, n° 1268; Alauzet, t. IV, n° 1825; Larroque Sayssinel, t. I, p. 389, sur l'article 529, n° 3; Boistel, n° 1067; Dutour, *Revue de droit criminal*, 1863, p. 191.)

Aucune disposition légale ne s'oppose à la validité du traité intervenu entre le débiteur et l'unanimité de ses créanciers. Les motifs que nous avons indiqués pour le contrat formé avant la déclaration de faillite sont applicables. L'ordre public n'est en rien intéressé, et les créanciers qui, après tout, sont les maîtres, sont évidemment les meilleurs juges de leurs intérêts. Aussi, le traité est-il valable, alors

Digitized by Google

même que le failli s'engagera à payer ses créanciers suivant des conditions ou des termes différents, lorsque les créanciers sont d'accord à ce sujet. (Cpr. Agen, 23 juin 1859.)

52. Nous déciderons par suite, qu'ici, comme dans le cas où il n'y a pas de faillite déclarée, le débiteur, si quelques créanciers refusent leur adhésion au traité, pourra, par exemple, consigner le montant de leurs créances. (Nîmes, 23 août 1860, P., 62, 592 ; S., 61. 2, 229; D. P., 61, 5, 230.— V. conforme Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, 6e édit., p. 654.)

53. Dès l'instant que l'unanimité des créanciers sera réunie, le traité sera valable, à quelque moment de la faillite qu'il se forme. La période de la faillite pendant laquelle l'engagement a été conclu n'est point à considérer. Il importe peu que le syndicat soit en plein exercice.

Il pourra être arrêté entre parties, immédiatement après le jugement définitif. Si ce jugement n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, il devra, sur l'opposition ou l'appel, être rapporté ou réformé, dès l'instant que le contrat amiable sera produit.

(Rouen, 15 juillet 1858, P. 59, 73; S., 59, 2, 143; D. P., 59, 2, 93. — Paris, 27 août 1868, P., 68, 1146; D. P. 69, 2, 73.— Cpr. Toulouse (dans ses motifs). 17 août 1864. — Consulter Cass. 28 juillet 1863, P., 64, 68; S., 63, 1, 471; D. P., 63, 1, 351. — Alauzet, n° 2415 ; Dufour, *Revue de droit commercial*, 1863, p. 191; Boistel, n° 1067.)

Et les effets de la faillite seront effacés de plein droit. (Rouen, 7 juin 1875, P., 75, 955; S., 75. — Rennes, 19 août 1871, P., 71, 489; S., 71, 2, 131; D. P., 73, 2, 222. — Rouen, 27 juillet 1872, P., 73, 1033; S., 73, 1, 221. — Larroque-Sayssinel, t. II, sur l'article 580, n° 2.)

Mais, voir *contrà*, au sujet de la nécessité de la réhabilitation, pour le débiteur déclaré en faillite par un jugement rétracté ou réformé.

(Agen, 31 août 1858, P., 59, 73; S., 59, 2, 143; D. P., 59, 2, 94. — Bordeaux, 10 mai 1859, P., 59, 800; S., 59, 1, 688; D. P., 59, 2, 200. — Paris, 18 mai 1874, P., 75, 958; D. P., 76, 5, 245; S., 75. — V. Goujet et Merger, *Dict. de droit commercial*, v° FAILLITE, n° 709; Renouard, t. II, p. 165; Beudant, en note au D. P., 69, 2, 73.)

Digitized by Google

Le débiteur peut aussi être remis, par un traité, à la tête de ses affaires et en possession de ses biens avant toute vérification de créances (Angers, 2 février 1849 précité), ou, après la vérification et avant le concordat ou l'union (Agen, 23 juin 1859 précité), ou, après un refus de concordat. (Nîmes, dans ses motifs, 23 juillet 1860 précité.)

54. Mais, si nous ne partageons pas l'opinion de M. Bédarride, nous reconnaissons que l'ordre public est intéressé à ce que le contrat, survenu postérieurement à la déclaration de faillite, soit contrôlé. Le traité est en soi, valable, lorsqu'il réunit le consentement de tous les créanciers, quoiqu'il ait été fait en dehors du juge-commissaire et du syndic de la faillite. Néanmoins, il n'est pas possible, sous le régime de la faillite, qu'il puisse suffire d'une convention pour interrompre, *de plano*, les opérations judiciaires, faire cesser le mandat légal du syndic, et dessaisir le tribunal.

Pour que le traité reçoive son exécution, il faudra (voir les arrêts plus haut cités) qu'il soit approuvé ou homologué par le tribunal, lequel, disent MM. Pardessus et Alauzet (*loc. cit.*), « ne doit se décider à cette mesure, qu'en prenant des pré-« cautions pour les créanciers inconnus qui se présente-« raient, et en exigeant dans leur intérêt, un cautionnement « dont il déterminera la quotité et la durée. »

Cela sera surtout nécessaire, lorsque le contrat précédera la vérification des créances. Il n'a pas, alors, une valeur absolument sûre, car si par hasard tous les créanciers n'y ont pas figuré, il ne sera pas opposable aux créanciers absents. (Boistel, n° 1068.)

Le tribunal doit encore pouvoir vérifier, si l'accord unanime des créanciers existe. D'autre part, il sera aussi de son devoir, par exemple, lorsque le contrat amiable interviendra après un refus du concordat judiciaire, de rechercher si le débiteur failli, sera en état de réaliser ses promesses et de tenir les conditions stipulées. S'il ne le pense pas, il devra assurer les créanciers contre leur entraînement ou leur imprudence, et refuser de sanctionner un acte voué d'avance à la stérilité. (Cpr. tribunal de commerce de Châlons-sur-Marne, sous Paris, 12 juillet 1872, D. P., 74, 2, 9.)

Cela ne veut pas dire, toutefois, que le failli ne puisse obtenir un concordat amiable, après le rejet du concordat ju-

Digitized by Google

diciaire. Il pourra fort bien arriver que le tribunal ne refuse pas son approbation. (Cpr. Nîmes, 23 juillet 1860 précité.)

55. De quelle manière devra-t-on procéder, dès que le contrat amiable sera formé?

Le failli, en dénonçant le traité au syndic, devra l'assigner devant le tribunal en homologation de la convention et en discontinuation des opérations de la faillite. (Cpr. Alauzet, n° 2726.)

56. Tout ce que nous avons dit sous les n°s 38 à 46, doit recevoir son application ici. Nous ajouterons seulement, aux arrêts déjà cités n° 45, un autre arrêt de cassation du 26 janvier 1874 (P., 76, 152; S., 76; D. P., 75, 1, 23) qui décide que l'engagement par lequel le failli, en dehors du concordat amiable, promet, *en cas de bonne fortune*, de payer, outre le dividende stipulé, la totalité des créances vérifiées et affirmées, est parfaitement licite et obligatoire.

57. Il ne nous reste plus qu'une question à vérifier.

Le concordat amiable peut n'être intervenu qu'à la suite de manœuvres dolosives, découvertes seulement après l'homologation du tribunal de commerce; — ou bien encore, les conditions posées dans le concordat ne seront pas exécutées, c'est-à-dire, que les dividendes fixés ne seront pas payés aux échéances.

Dans ces deux cas (qui ne sont d'ailleurs pas limitatifs), le concordat amiable sera annulable.

Que deviendront les obligations des cautions qui auront garanti la réalisation du concordat amiable? Persisteront-elles, après la résolution, ainsi que le Code l'a réglé pour le concordat ordinaire? M. Boistel, n° 1068, soutient que les cautions seront libérées, et refuse d'appliquer les dispositions *exorbitantes* de l'article 545 du Code de commerce.

Cette doctrine ne nous paraît ni équitable ni juridique. Ici, ce n'est plus l'article 1287 qui se trouve en jeu. Les créanciers n'ont exigé le cautionnement, que pour ne pas être exposés, justement, au cas de retour à la faillite, d'avoir à recommencer encore leur production. Assurés du payement intégral des dividendes fixés, par l'intervention de la caution, ils ont le droit de le poursuivre en exécution de ses obligations.

P. FABREGUETTES.

Digitized by Google

QUESTIONS RELATIVES A LA FAILLITE,

Par M. Georges Appert, avocat, docteur en droit.

Toute faillite n'éclate pas inopinément. Le plus souvent, au contraire, certains signes précurseurs avertissent les créanciers diligents de la catastrophe qui menace. Les uns alors, pour s'assurer une situation privilégiée, arrachent à leur débiteur des garanties nouvelles ou se hâtent de prendre jugement contre lui; les autres, prévoyant le sort réservé à ces sûretés aléatoires, s'empressent de faire prononcer la faillite. Le débiteur, de son côté, cherche à désintéresser les plus exigeants, dans l'espérance de fléchir ensuite les autres et d'en obtenir termes et délais.

Des nombreuses difficultés auxquelles a donné lieu cette situation, nous extrayons deux questions, pratiques toutes deux, sur lesquelles la jurisprudence ne semble pas s'être encore prononcée.

I

Primus, créancier de Secundus, obtient en juillet, par exemple, un jugement de condamnation contre lui. Le voilà muni d'un titre exécutoire et garanti par une hypothèque judiciaire. La faillite de Secundus est déclarée en septembre. Fort de son hypothèque, Primus commence contre un des immeubles de son débiteur une saisie immobilière au mois d'octobre. Un mois plus tard survient un nouveau jugement qui reporte la cessation des payements au mois de janvier de la même année, c'est-à-dire avant le jugement de condamnation visé plus haut.

Sans aucun doute, aux termes de l'article 446 du Code de commerce, l'hypothèque judiciaire de Primus tombe, comme obtenue depuis la cessation des payements. Mais le jugement de condamnation du mois de juillet n'est pas lui-même frappé de nullité. C'est toujours un titre exécutoire. La saisie opérée après la déclaration de faillite a-t-elle été valablement faite?

Il semble d'abord que la question soit sans intérêt. Car Primus n'a plus sur la masse aucun droit de préférence,

Digitized by Google

même quant au bien saisi, puisque son hypothèque s'est évanouie. Cependant, nous avons dit et nous maintenons que la question est pratique. Si Primus, en effet, a valablement saisi, tous les frais, assez lourds, de la procédure de saisie sont à la charge de la masse. Heureux encore les créanciers chirographaires qui la composent, s'ils ne voient pas continuer une procédure devenue absolument inutile ! C'est ainsi que fréquemment les faillites se trouvent entravées par de petites poursuites particulières, tout à fait frustratoires, lesquelles diminuent encore un actif déjà trop léger.

A nos yeux, tout démontre que les syndics ont le droit et le devoir de rejeter tous les frais de la saisie à la charge du créancier qui l'a opérée.

Il est certain, d'abord, que le vœu de la loi est précisément d'empêcher les poursuites individuelles à cause des frais qu'elles entraînent. L'article 571 n'a pas d'autre but. Le syndic, aux yeux de la loi, est seul bon juge de l'opportunité de la vente et du mode à employer; il peut vendre à l'amiable s'il croit ce procédé le plus avantageux. La loi ne veut pas qu'un créancier impose à la masse les frais d'une vente judiciaire, peut-être intempestive, et détruise la centralisation nécessaire à la liquidation.

Cependant, exception est faite en faveur des créanciers hypothécaires. Ils peuvent s'isoler des autres, se faire payer séparément sur leur gage spécial, et par conséquent exercer des poursuites individuelles. Mais, dans l'espèce, Primus est-il créancier hypothécaire? L'était-il du moins au moment où il a commencé la saisie? — Non. Son hypothèque judiciaire n'était qu'éventuelle. Elle était subordonnée, à la condition que la faillite ne serait pas reportée à une époque antérieure au jugement de condamnation. Le report au mois de janvier l'a fait tomber (art. 446). Primus s'est donc trouvé rétroactivement créancier chirographaire.

Il avait, il est vrai, un titre exécutoire. Mais un créancier chirographaire, fût-il muni d'un titre exécutoire, ne peut exercer de poursuites (art. 571).

Primus ne saurait se retrancher derrière sa bonne foi. D'une part, il ne pouvait guère ignorer, en fait, la déclaration de faillite quand il a saisi. Il connaissait, par cela même, la nullité qui pouvait frapper son hypothèque judiciaire. Il savait

Digitized by Google

pouvoir être réduit à l'état de simple chirographaire. Les jugements de report sont assez fréquents pour qu'un créancier averti de la faillite doive les regarder comme imminents. D'ailleurs, et alors même que la saisie aurait été entamée sans que Primus eût connaissance de la déclaration de faillite (ce qui, nous le répétons, est bien difficile à imaginer), ses prétentions ne seraient pas plus recevables. Si la loi ordonne la publicité du jugement déclaratif, elle répute cependant le jugement connu du jour même où il est prononcé. Tous les effets qu'il entraîne datent de ce jour et non du jour des publications. Si, par exemple, un créancier chirographaire commençait, dans l'ignorance de la faillite, une poursuite le lendemain du jugement déclaratif, la poursuite serait annulée et les frais en seraient à sa charge.

Nous ne connaissons aucun arrêt formel sur notre question. Mais la jurisprudence a plusieurs fois résolu une difficulté voisine. Elle valide aujourd'hui la saisie immobilière *commencée avant* la déclaration de faillite. Si donc, dans notre espèce, Primus avait commencé la saisie au mois d'août, la faillite n'étant intervenue qu'en septembre, sa saisie eût été valable.

Peut-il tirer argument de cette solution pour faire valider la saisie entamée après la déclaration de faillite ? Il suffit de lire, pour conclure en sens contraire, l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 30 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 130), arrêt que les décisions postérieures n'ont fait que reproduire en substance (voyez, par exemple, Caen, 12 octobre 1861, D., 63, 2, 24).

« Quant aux créanciers, qui ont titre exécutoire sans hypothèque, l'article 571 leur interdit seulement d'*intenter*, à partir du jugement déclaratif de faillite, des poursuites en expropriation.....

« L'article 571 conserve donc aux créanciers, ayant titre exécutoire sans hypothèque, le droit de continuer les poursuites de saisie immobilières intentées *antérieurement au jugement déclaratif* de faillite. »

Les termes de cet arrêt nous paraissent indiquer bien clairement l'esprit de la jurisprudence. L'argument sur lequel elle se fonde pour valider les poursuites commencées avant et continuées après la déclaration de faillite, est tiré des

Digitized by Google

expressions de l'article 571, lequel défend seulement d'*intenter* des poursuites après le jugement déclaratif. Il ne s'applique pas à notre espèce. En équité d'ailleurs, les deux situations sont bien différentes. Le créancier qui commence les poursuites avant la déclaration de faillite, n'était pas nécessairement averti de la caducité éventuelle de son titre. Rien ne permettait encore de regarder cette procédure comme frustratoire : il ne doit pas souffrir des lenteurs de la saisie.

II

Voici notre seconde question. Primus, créancier, sait que son débiteur, Secundus, a cessé ses payements. (Nous supposerons, pour éviter toute difficulté accessoire, que ce premier point n'est pas douteux. Des protêts antérieurs, des lettres, etc. en fournissent surabondamment la preuve.) Le débiteur menacé, par Primus, d'une demande en déclaration de faillite, se hâte de réunir les fonds nécessaires à le désintéresser (peu importe comment) et lui offre le payement. Primus refusant de recevoir, des offres réelles sont faites et l'argent consigné. Primus peut-il persister dans son refus? Peut-il encore demander la mise en faillite de Secundus?

Il est facile de comprendre l'intérêt que présente pour lui la question. La faillite, déclarée aujourd'hui, donnerait, par exemple, 50 p. 100; il toucherait moitié de son dû. Accepte-t-il au contraire le payement intégral qui lui est offert : la faillite, selon toutes les probabilités, n'en sera pas moins prononcée un peu plus tard, à la requête d'autres créanciers. Le débiteur aura eu le temps d'empirer sa situation et de réduire son actif à 25 p. 100, par exemple. En vertu de l'article 447 du Code de commerce, Primus verra annuler le payement qui lui aura été fait indûment, c'est-à-dire, alors qu'il connaissait le mauvais état des affaires de son débiteur et il n'obtiendra comme les autres que 25 p. 100 de sa créance.

Nous tenons, pour notre part, que le créancier peut demander la faillite.

On pourrait objecter qu'il n'y a plus d'obligation. Les offres suivies de consignations éteignent la créance. Or les créanciers peuvent seuls (C. com., art. 440) demander la faillite. Donc

Digitized by Google

Primus, ex-créancier seulement, n'a plus qualité à cet effet. Que vient-il réclamer d'ailleurs puisqu'il est désintéressé? Qu'il n'oppose pas l'article 447 : cet article ne lui est pas applicable. Pour qu'il le fût, il faudrait une faute du créancier: aussi la loi laisse-t-elle au tribunal un pouvoir d'appréciation. « Tous autres payements *pourront* être annulés si... » Or, le créancier n'a pu se refuser à recevoir. Les offres étaient obligatoires pour lui. Le débiteur pouvait, s'il les avait repoussées, agir en validité d'offres devant la juridiction civile. Donc le créancier a été contraint. De quel droit lui retirerait-on ce qu'on l'a obligé à prendre?

Remarquons en passant que la difficulté peut se présenter sous une double face : — soit devant la juridiction commerciale, par une demande de mise en faillite; — soit devant la juridiction civile sous la forme d'une demande en validité d'offres réelles. La connexité des deux questions saute aux yeux : inutile d'insister.

Occupons-nous de réfuter les objections précédentes. La loi n'attache qu'aux offres *valables* le pouvoir d'éteindre la créance. Or, les offres faites dans l'espèce sont-elles valables, toute la question est là. Si elles ne le sont pas, Primus reste créancier.

Au nombre des conditions de validité exigées par l'article 1258 figure celle-ci : « que celui qui les fait soit une personne capable de payer. » Or, le débiteur qui a cessé ses payements ne peut être regardé comme *capable* de payer. Comment le serait-il, quand la loi voit dans cet acte un délit dont la conséquence est la banqueroute (art. 585)? Comment la loi qui défend et punit ce payement, comme attentatoire aux droits de la masse, imposerait-elle au créancier de le recevoir? Comment forcer celui-ci à se rendre complice d'une indélicatesse et d'une infraction légale? Et si Secundus est incapable de payer, comment pouvait-il prétendre qu'il a désintéressé Primus?

On voit que notre solution est commandée par le texte de l'article 585 comme par l'équité et l'esprit de la loi.

Si donc le tribunal de commerce se trouve saisi le premier de la difficulté par une demande en faillite, il devra admettre celle-ci.

Si le débiteur prenait les devants par une action civile en

Digitized by Google

validité d'offres, le créancier ferait bien de répondre par une demande en faillite et d'opposer l'incompétence de la juridiction civile. Le tribunal civil devrait même, croyons-nous, le renvoyer à se pourvoir devant la juridiction commerciale, si la faillite n'était pas encore demandée. Car il est incompétent pour prononcer sur la cessation des payements. La solution contraire amenerait des conséquences au moins bizarres.

Nous avons supposé un tribunal civil admettant notre doctrine, c'est-à-dire la nullité des offres réelles faites par un incapable. Si le tribunal civil se rangeait à la solution contraire et validait les offres, en forçant le créancier à les accepter, une nouvelle question naîtrait. Le créancier pourrait-il être obligé plus tard de rapporter à la masse, et l'affirmative admise, que devrait-il rapporter? Le réduirait-on à se contenter du dividende actuel (25 p. 100 dans notre espèce) ou garderait-il 50 p. 100, c'est-à-dire le dividende qu'il eût touché, si la faillite avait été prononcée sur sa demande? Ce dernier parti nous semble commandé par l'équité. Le réduire à 25 p. 100 serait contraire à tous les principes de justice et même à la dignité du tribunal qui l'a forcé de recevoir et lui a ôté ses droits de créancier. Lui laisser intégralement la somme reçue ce serait blesser sans motif les intérêts de la masse. Le créancier ne saurait se plaindre de notre décision, puisqu'elle ne lui cause aucun préjudice. Nous avouons toutefois que, si cette solution est la plus équitable, elle donnerait lieu en pratique à de grandes difficultés.

GEORGES APPERT.

Digitized by Google

EN EXÉCUTION DU LEGS DE Mme LA COMTESSE ROSSI

LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

MET AU CONCOURS LES QUESTIONS SUIVANTES :

Concours de 1880.

1° *Droit constitutionnel.*

Du rôle et des attributions des ministres dans le régime parlementaire (spécialement dans les Constitutions françaises et en Angleterre. Comparer avec le système admis aux États-Unis).

2° *Droit civil.*

Apprécier la légitimité de l'hypothèque judiciaire et des institutions qui peuvent être proposées pour remplacer cette hypothèque. Comparer sur l'hypothèque judiciaire les lois étrangères avec la loi française.

Concours de 1881.

Étudier dans les diverses Constitutions de l'Europe et dans la Constitution des États-Unis la division du pouvoir législatif en deux Chambres et rechercher quelles ont été les attributions et l'influence de chacune d'elles.

On pourra s'adresser au Secrétariat de la Faculté pour obtenir un programme plus détaillé sur cette question.

Les Mémoires écrits en français ou en latin devront être déposés au Secrétariat de la Faculté, pour le concours de 1880, au plus tard le 31 mars de la même année, et pour le concours de 1881, au plus tard le 31 mars 1881.

Toute personne est admise à concourir.

Chacun des prix est de 2,000 francs.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

LES CONGRÉGATIONS RELIGIEUSES DEVANT LA COUR DE PARIS,

Par M. Ed. Seligman, avocat, docteur en droit.

Lorsque les tribunaux sont appelés à statuer sur une situation que le législateur n'a pas complètement réglée, si la question est intéressante et met en jeu des intérêts élevés et des principes essentiels, il se produit toujours autour des décisions de la justice, une certaine agitation dans le monde de la pratique et de la doctrine ; les corps judiciaires écoutent attentivement ce bruit, et de ces fécondes discussions naissent les jurisprudences qui, après quelques hésitations, tranchent d'une façon définitive ces grandes questions et donnent aux affaires les garanties de stabilité dont elles ont besoin.

Le point sur lequel la Cour de Paris vient de rendre un arrêt, le 21 février dernier, fait exception à cette règle générale, et, si vieille que soit la question soumise à la décision de la Cour, si souvent qu'elle ait été plaidée à la barre, examinée par les auteurs, elle attend encore que l'accord se fasse sur elle entre les jurisconsultes. Cette question est celle de la capacité des congrégations religieuses non autorisées.

En principe, elles sont incapables; cela n'est contesté par personne. Elles n'ont la jouissance d'aucun droit civil; elles ne peuvent ester en justice, bénéficier d'un legs, être propriétaires ; elles ne peuvent même pas posséder. Le droit est fait pour les individus; les congrégations ne sont pas des individus. La fiction législative concède aux êtres moraux autorisés la jouissance et l'exercice des droits civils. Le droit ne connaît pas les corporations non autorisées : elles sont le néant. Si bien fondée que soit cette doctrine, il n'en est pas moins vrai que les congrégations non autorisées existent en fait, qu'elles disposent de capitaux, possèdent des immeubles, reçoivent des libéralités en plein soleil; l'État leur réclame l'impôt; une loi, du 4 avril 1878, citée deux fois dans le débat qui vient d'avoir lieu devant la Cour de

Digitized by Google

Paris, a autorisé la ville de Lyon à s'imposer extraordinairement à l'effet d'acquitter des indemnités dues aux Jésuites pour dommages causés en 1870 à leurs propriétés. La récente statistique officielle constate combien, dans la réalité, les communautés non autorisées jouent un rôle important comme propriétaires fonciers. En vain, dira-t-on que cette existence de fait n'est due qu'à la tolérance du gouvernement, maître de dissoudre ces corporations illégales, sinon illicites, en leur appliquant les lois restrictives de la liberté d'association. Une tolérance aussi longue paraît constituer une sorte de droit acquis. Lors donc que les congrégations viennent, par des voies détournées, demander à la justice de leur reconnaître la jouissance de quelque droit civil, si leurs prétentions s'appuyent sur une argumentation juridique un peu spécieuse et qu'elle soit présentée par un jurisconsulte, orateur de talent et logicien serré, les tribunaux, il faut le reconnaître, ont besoin d'un sentiment bien austère de la vérité juridique pour maintenir, dans toute leur rigueur, les principes inflexibles de notre législation.

La jurisprudence cependant n'a généralement pas hésité à appliquer la vraie doctrine juridique lorsque, en face de la congrégation, se dressaient les revendications respectables d'un propriétaire ou d'une famille spoliée. Pour ne rappeler que l'arrêt que l'on cite généralement à propos de la question, Mme de Guerry a eu gain de cause devant la Cour d'Orléans lorsque, venant à récipiscence, elle a réclamé à la communauté de Picpus les 450,000 francs dont elle lui avait fait donation dans sa ferveur de néophyte. Mais, dans l'espèce qui me préoccupe, la cause de la congrégation se présentait accompagnée de circonstances de fait qui la rendaient tout à fait favorable. MM. Champion, Audibert, Maréchal, Leroyer, Gayraud et Viguier, tous prêtres, dit le contrat de vente, avaient, suivant acte reçu par Me Meignen, notaire, acquis, moyennant le prix de 900,000 francs, un immeuble sis à Paris, rue de Chateaubriand, 14, et avenue de Friedland, 3. Pour mettre leur propriété à l'abri des vues des maisons environnantes, ils demandèrent aux époux Lanet, leurs voisins, l'autorisation de surélever de deux mètres le mur mitoyen. C'est là, aux termes des articles 658 et 659 du Code civil, l'exercice pur et simple du droit de propriété. Les

Digitized by Google

époux Lanet n'accédèrent toutefois pas à la demande qui leur était adressée; assignés devant le tribunal de la Seine, ils opposèrent comme fin de non-recevoir, que les demandeurs n'ayant acquis qu'au nom de la congrégation du Saint-Sacrement dont ils étaient membres, n'agissaient que comme prête-nom d'une communauté non autorisée et, en conséquence, n'étaient pas recevables à introduire une action en justice.

Certes, si jamais cause de congrégation fut favorable, c'était celle-là ; en effet, il ne s'agissait pas, pour la communauté, de réaliser un bénéfice au détriment d'un tiers. Ce que les époux Lanet refusaient à la congrégation, ils auraient dû l'accorder à tout autre. Néanmoins, le tribunal ne pouvait passer outre et, comme tout défendeur a le droit de savoir contre qui il plaide, il devait examiner si la demande était ou non régulièrement intentée. La 5e chambre du tribunal de la Seine, sous la présidence de M. Manau, a, par jugement du 1er février 1878, donné gain de cause aux époux Lanet.

Devant la Cour l'appel a été soutenu par Me Barboux; Me Clicquet plaidait pour les intimés; la Cour, sous la présidence de M. le premier président Larombière, a, sur les conclusions conformes de M. le substitut Dubois réformé le jugement de première instance par les motifs suivants :

« Considérant que, par acte public du 22 novembre 1875, « Mme veuve Deslignières a vendu, moyennant le prix de « 900,000 francs une grande propriété sise à Paris, rue de Cha- « teaubriand, n° 14, et un terrain communiquant par le fond « à l'avenue Friedland, n° 3, à : 1° Cyr-Armand Champion; « 2° Jean-Joseph Audibert; 3° Paul-Marie-Léonie William « Maréchal; 4° Alexandre Leroyer; 5° Augustin Rémy Gay- « raud; 6° Charles-Gérand Vignier, ces trois derniers repré- « sentés par leur mandataire, William Maréchal, tous prê- « tres, demeurant à Paris, rue Leclère, n° 8, acquéreurs « conjoints et solidaires, avec stipulation qu'ils deviennent « propriétaires des immeubles acquis avec des droits égaux, « pour en jouir en commun pendant leur vie, et que la part « des prémourants accroîtra aux survivants, de manière que « le dernier survivant en restera seul le propriétaire, avec « tous les changements, améliorations et embellissements

Digitized by Google

« qui y auront été alors faits, le tout à titre de pacte tonti-
« nier et de contrat aléatoire ;

« Considérant que le contrat de vente ainsi passé avec les
« six acquéreurs, en leur propre et privé nom, a eu pour
« effet immédiat de leur transférer la propriété de la chose
« qui en a fait l'objet avec tous les droits et actions propres
« à la garantir et faire valoir; que les clauses accessoires
« dont il est assorti rentrent elles-mêmes dans la liberté des
« conventions et ne sont contraires à aucune prohibition de
« la loi ; que l'acte dont s'autorisent Armand Champion et
« consorts, tous d'ailleurs également capables de contracter
« et d'ester en justice, constitue en leur faveur un titre de
« propriété efficace par lui-même, et opposable à tous, sauf
« aux tiers à justifier des droits qu'ils prétendraient avoir
« acquis sur la chose, soit en vertu de la loi, d'un titre
« contraire ou de la prescription ; mais que telle n'est point
« la prétention des défendeurs intimés qui, sans revendi-
« quer aucun droit de propriété ou autre, se bornent à ex-
« ciper d'un défaut de qualité en la personne des appelants ;

« Considérant qu'ils soutiennent en vain que les six prê-
« tres, acquéreurs conjoints et solidaires, ont acheté en
« apparence pour eux, en réalité pour la congrégation
« religieuse des Pères du Saint-Sacrement, qui serait seule
« propriétaire ; qu'en admettant avec le jugement de pre-
« mière instance cette allégation comme vraie, il faut d'abord
« reconnaître que les époux Lanet sont eux-mêmes non
« recevables à l'opposer, puisqu'ils ne font, en cela, qu'ex-
« ciper du droit d'un tiers ; qu'il importe, en outre, de con-
« stater que cette prétention de leur part conduit à une
« conséquence directement contraire à celle qu'ils veulent
« en tirer ; qu'en effet, la congrégation religieuse dont il
« s'agit, à défaut d'une autorisation régulière n'a aucune
« existence légale, ne constitue point une personne juri-
« dique, et est incapable d'acquérir, comme d'ester en jus-
« tice, en son propre nom ; que, dès lors, la propriété des
« immeubles et les actions qui les concernent, ne pouvant
« légalement résider sur sa tête, reposent nécessairement en
« droit comme en fait, sur la tête des six personnes qu'un
« acte régulier d'acquisition en a investies conjointement et
« indivisément ;

Digitized by Google

« Que, pour être supposés tous membres d'une congréga-
« tion religieuse, ils n'en ont pas moins conservé la jouis-
« sance et l'exercice de leurs droits civils, pour en user avec
« la libre faculté qui appartient à tous, et dans toute l'é-
« tendue de leur capacité personnelle qui est restée entière;
« que c'est ainsi qu'en leur nom particulier ils ont acheté,
« qu'ils possèdent, qu'ils administrent, qu'ils supportent et
« acquittent toutes les charges de la propriété, qu'aujour-
« d'hui même ils agissent en justice, qu'en un mot, ils se
« comportent en tout comme personnellement et exclusive-
« ment seuls propriétaires, en conformité de leur titre, sans
« que la congrégation, dont ils seraient les prête-noms, par
« cela même qu'elle ne forme aucune personnalité juridique,
« ait à exercer aucun droit ni aucune action qui soient dis-
« tincts et indépendants de ceux que les actes publics leur
« confèrent;

« Considérant que l'exception proposée par les époux
« Lanet est d'autant moins admissible, qu'il s'agit de l'ap-
« pliquer à une action purement réelle, fondée sur les ar-
« ticles 658 et 659 du Code civil, relatifs à la mitoyenneté,
« et dans une matière où c'est la loi qui, sous la dénomina-
« tion de servitudes ou services fonciers, détermine elle-
« même les rapports entre héritages voisins, indépendam-
« ment des personnes qui les détiennent;

« Que les actions de cette nature sont attachées à la pro-
« priété, comme les modalités du domaine privé qui leur
« servent de cause, et qu'elles ne peuvent être exercées, soit
« activement, soit passivement, que par ou contre ceux que
« les titres de propriété présentent réciproquement comme
« légitimes contradicteurs;

« Qu'à ce dernier point de vue, l'exception est dénuée de
« tout intérêt juridique et, par conséquent, aussi non rece-
« vable que mal fondée, puisque la décision qui interviendra
« sur le fond entre les demandeurs et les époux Lanet, est
« destinée à trancher irrévocablement le litige, sans qu'il
« puisse être jamais repris par qui que ce soit. »

A la seule lecture de ces considérants, il est aisé de voir qu'il y a dans cette décision deux points de vue et deux argumentations différentes.

D'une part, la Cour repousse l'allégation d'interposition de

Digitized by Google

personnes et déclare que, « c'est en vain que les intimés sou-
« tiennent que les six prêtres acquéreurs solidaires ont acheté
« en apparence pour eux, en réalité pour la congrégation du
« Saint-Sacrement qui serait seule propriétaire. » La deuxième partie des motifs de l'arrêt est consacrée à établir que, cette interposition serait-elle prouvée, les époux Lanet n'auraient pas qualité pour l'opposer. Il n'était peut-être pas d'une excellente méthode juridique d'examiner au fond la thèse des intimés avant de décider si ceux qui la présentaient étaient recevables à l'invoquer. Néanmoins, pour laisser aux arguments de l'arrêt toute la force que leur donne un savant enchaînement, j'en suivrai l'ordre dans cette discussion.

C'est en leur propre et privé nom, dit la Cour, que les six acquéreurs ont contracté, et le contrat a eu pour effet de leur transférer la propriété de la chose qui en a fait l'objet, avec tous les droits et actions propres à la garantir et à la faire valoir. La question résolue en ces termes est un point de fait sur lequel la Cour était souveraine et que la Cour de cassation ne saurait être appelée à trancher à nouveau. Dans l'interprétation des circonstances de la cause, il n'est pas très-aisé d'opposer aux décisions mûrement délibérées de la Cour, l'intuition du sens commun; mais nous pouvons, appréciant les doctrines émises par les éminents orateurs qui ont pris part au débat, rechercher ce qu'est l'incapacité d'une congrégation non autorisée, et nous demander ensuite si des apparences de la cause, il résulte qu'il ait été fait, dans l'espèce, une juste application de ces principes.

L'incapacité des congrégations et en général des personnes morales non autorisées est une incapacité d'une nature toute particulière; ce n'est pas, comme celle du mineur ou de l'interdit, la situation d'un individu a qui le législateur a retiré l'exercice de ses droits parce qu'il le jugeait incapable de gérer ses affaires; ce n'est pas non plus, comme l'ancienne mort civile, comme la double incapacité de donner et de recevoir qui frappe encore les condamnés à des peines afflictives perpétuelles, une déchéance prononcée dans l'intérêt de l'ordre public. Si la personne morale non autorisée est incapable, si les actes faits par elle ou pour elle sont entachés d'une irréparable nullité, la raison en est que la reconnaissance

Digitized by Google

à un degré quelconque d'un droit en sa faveur serait une absurdité juridique.

L'homme est l'unique sujet dont s'occupe le droit ; c'est pour lui qu'ont été créées les relations de famille, la propriété, la justice ; le jurisconsulte ne connaît les choses que par leur rapport avec l'homme. Toutefois, dès la plus lointaine antiquité, dès l'époque où Numa constituait en collège les prêtres saliens, la fiction du droit a conféré la jouissance et l'exercice de la capacité à certains êtres abstraits qu'elle a constitués en personnes juridiques. Ces personnes juridiques ont été soit des associations, soit des fondations ; le mode de leur constitution a varié avec les lieux et les époques ; la capacité qui leur était conférée s'est trouvée plus ou moins étendue : mais le principe est demeuré certain dans toutes les législations que, sans la concession de l'existence civile, il n'y a pas, pour l'être moral, de capacité juridique.

Cette concession peut être générale ou particulière ; on conçoit fort bien un système législatif dans lequel la personnalité juridique serait accordée d'avance à toutes les associations créées par la liberté des particuliers, à toutes les fondations de l'initiative individuelle. Tel était le système que, malgré certaines contestations, paraît avoir adopté la législation romaine [1] ; c'était la doctrine du droit allemand jusqu'au jour où l'article 31 de la constitution prussienne de 1850 a posé un principe différent. Dans notre propre pays, les sociétés de mines, en vertu de la loi de 1810, les sociétés commerciales, depuis 1867, accèdent librement à la personnalité juridique. Mais pour le reste des êtres moraux, la capacité civile ne peut être que le résultat d'une concession individuelle aux termes de la doctrine que nous ont léguée les ordonnances de 1666 et de 1749. L'avis du Conseil d'État du 17 juin 1806, se référant à une doctrine universellement établie, en a formulé le principe en disant que, « de pareils « établissements ne peuvent être utiles et inspirer une con- « fiance fondée, quelle que soit la pureté des intentions qui

[1] Cette doctrine résulte de la loi 1, Dig., 4, 3, ainsi conçue : « D. Marcus » omnibus collegiis quibus coeundi jus est manumittendi potestatem dedit. » Il était impossible de dire plus clairement que toute association licite jouissait de la capacité civile. *Contrà* M. Piébourg, *Revue de législation*, 1876, p. 93.

Digitized by Google

« les ont fait naître, tant qu'ils ne sont pas soumis à l'examen « de l'administration publique, autorisés, régularisés, et sur- « veillés par elle. » Certes, cette doctrine n'est pas définitive en législation; on peut trouver singulière la situation d'une association reconnue par le droit public, ignorée par le droit civil; quelque sérieux que soient les dangers de la mainmorte, beaucoup tiendront le régime de la liberté pour préférable à des prohibitions législatives, à l'efficacité desquelles l'économie politique ne croit plus guère, lorsqu'elles n'ont pas leurs racines dans les mœurs même de la société.

Quoi qu'il en soit, le droit est certain; la congrégation non autorisée est le néant; elle n'a pas plus de droits civils que l'enfant non encore conçu, que le cadavre de l'homme mort hier, que les pierres d'un hôpital qui n'a pas été déclaré d'utilité publique. Le législateur, qui ne la connaît pas, n'a donc pas eu à prononcer la nullité de ses actes; ils sont inexistants comme, d'après une théorie de la doctrine, certains mariages contractés dans des conditions telles que le silence de la loi suffit pour les invalider et qu'il n'est pas besoin de recourir aux tribunaux pour les empêcher de produire leurs conséquences légales. La nullité des actes de l'être moral non autorisé, comme je le disais plus haut, n'est donc pas une nullité créée dans l'intérêt de l'ordre public. Elle dérive des principes du droit aux termes desquels l'acte que des particuliers auront voulu faire accomplir à la congrégation est impossible. Ainsi l'article 637 défend de créer des servitudes en faveur d'une personne, non parce qu'une pareille convention serait immorale ou illicite, mais parce que l'effet de droit que les contractants tenteraient de produire est irréalisable.

Lors donc qu'il sera établi qu'un acte a été fait par ou pour une personne morale non autorisée, il faudra dire qu'il est absolument inexistant. La prétendue vente n'aura jamais existé, le vendeur n'aura jamais cessé d'être propriétaire. Si plus tard il lui plaît de rentrer en possession du bien en apparence aliéné, il lui sera nécessaire sans doute de s'adresser à la justice pour faire lever les obstacles de fait qu'il pourra rencontrer et pour établir que son acheteur est bien en réalité une personne morale non autorisée. Mais une fois cette preuve faite, les tribunaux n'auront même pas à prononcer la nullité de l'aliénation; ils n'auront qu'à la constater et à

Digitized by Google

donner au vendeur un titre exécutoire contre les détenteurs du bien vendu.

Aucune fin de non-recevoir, aucune prescription ne peut être opposée à une pareille action. Il n'est en effet pas de ratification pour un acte inexistant. Quant à la prescription, les prétendus acheteurs ne pourront même pas invoquer la prescription acquisitive. Qui dit prescription dit possession *animo domini*. Or, le droit ne saurait reconnaître à la personne morale ni possession ni *animus domini*, et quant à ses prête-noms, ayant possédé pour autrui, ils n'ont pas prescrit pour eux-mêmes.

Telle est l'origine, la nature et la portée de l'incapacité des êtres moraux non autorisés. Il faut donc bien se garder de confondre l'association licite ou même autorisée avec la personne morale revêtue de la capacité civile. Le droit d'association est un fait naturel aussi vieux que la société dont il porte le nom; le législateur peut, dans un intérêt d'ordre et de police, en régler l'exercice; mais il reste toutefois certain que le droit d'association existe librement partout où des dispositions spéciales ne sont pas venues le restreindre. La personnalité civile des corporations, au contraire, ne procède jamais que de la concession du législateur; l'être moral reste le néant jusqu'au jour où il reçoit l'existence civile. C'est donc en vain que, dans un magnifique morceau oratoire que l'éloquence politique et l'éloquence judiciaire seront également jalouses de revendiquer, Me Barboux, dépeignant le sort des congrégations dans la société moderne, prouvait qu'elles n'avaient jamais été des institutions illicites ou illégales et se demandait ensuite si on leur refuserait les droits que l'on accorderait à une société de faux-monnayeurs. Il n'était pas besoin, pour lui répondre, de chercher des ombres dans le tableau qu'il avait tracé; il suffisait, restant sur le terrain du droit, de rappeler que l'être moral inexistant ne saurait participer au droit des vivants et de maintenir la distinction essentiellement juridique entre deux droits toujours différents, quoique fréquemment coexistants, la liberté d'association et la capacité juridique [1].

[1] Ainsi certains droits tels que les actions possessoires sont attachés à la possession. Il n'en est pas moins hors de doute que c'est la volonté seule du législateur qui transforme en un droit le fait naturel de la possession.

Digitized by Google

Il se rencontre toutefois, dans la jurisprudence, quelques documents qui ont paru méconnaître la portée de cette distinction; à diverses reprises, des congrégations non autorisées ont obtenu des arrêts les admettant, dans une certaine mesure, à jouir des avantages de la capacité civile. Appuyée sur ces autorités, une doctrine s'est formée revendiquant, pour les communautés non reconnues, certains droits qui seraient comme la conséquence nécessaire de leur existence de fait; cette théorie a trouvé dans Me Barboux un habile et éloquent interprète.

Parmi les arrêts invoqués en faveur de cette opinion, j'en veux citer un, laissant à la thèse qui se prévaut de cette décision l'écrasant fardeau des considérants par lesquels la Cour de Grenoble a cru établir son système. L'arrêt, en date du 27 mars 1855, statue en ces termes sur un contrat passé au nom d'une communauté :

« Attendu que cette communauté étant non autorisée, la « validité du contrat est subordonnée au point de savoir s'il « renferme une libéralité;

« En ce qui concerne la partie commutative du contrat, « attendu que la loi de 1825 a pour objet d'empêcher les « congrégations autorisées ou non autorisées de s'enrichir « par des libéralités au détriment des familles, mais que « cette loi n'a point renouvelé les prohibitions des ordon- « nances de 1666, 1749, les décrets de 1790, de 1792, de « messidor an XII, contre les congrégations; que la *tolérance* « *du pouvoir* ne permet pas de les assimiler à des associa- « tions illicites et d'annuler sans distinction les actes faits « dans leur intérêt. »

Est-il un instant possible, pour un jurisconsulte, de s'arrêter à une doctrine qui, confondant le droit d'association avec le libre exercice des droits civils, crée par voie d'arbitraire une capacité fantaisiste là où le législateur n'en a jamais concédé?

Le vrai principe sur la matière a été non pas posé, mais répété par l'arrêt de la Cour d'Orléans, rendu le 30 mai 1857, contre la communauté de Picpus, et dont je cite les premiers mots :

« Considérant que c'est en France un principe incontes- « table de droit public, que les congrégations et commu-

Digitized by Google

« nautés religieuses ne peuvent s'établir, recevoir à titre « onéreux ou à titre gratuit, en un mot posséder à quelque « titre que ce soit et sous quelque forme, à quelque point « de vue que ce soit, aucune valeur mobilière ou immobi- « lière qu'avec l'autorisation de la puissance publique. »

Ce principe si net et si simple, a d'ailleurs été consacré par l'unanime jurisprudence de la Cour de cassation; si parfois, dans des circonstances où l'action de la communauté non autorisée semblait évidente, la Cour de cassation a été forcée de valider des actes faits à titre gratuit ou onéreux dans l'intérêt de ces personnes morales non autorisées, cela tient à ce que, comme l'a déjà fait remarquer Troplong, les Cours contre l'arrêt desquelles le pourvoi était dirigé avaient statué par une interprétation souveraine des faits.

Parmi les congrégations d'hommes qui existent en France, douze seulement, au nombre desquels on cite divers établissements de Trapistes, les Missions, les congrégations de Saint-Lazare, du Saint-Esprit ont obtenu la personnalité civile; les autres ont cherché dans le droit commun et parfois à côté, des remèdes à leur incapacité. Le moyen employé par les congrégations non autorisées pour se constituer un patrimoine, consiste dans le procédé connu sous le nom d'interposition de personnes. Cette fraude se présente sous deux formes différentes : ou bien la personne interposée sera un particulier, membre en général de la congrégation, ou bien ce sera un autre être moral, une société civile ou même commerciale, sous le fonctionnement régulier de laquelle se déguiseront les agissements illégaux.

Remarquons-le bien cependant, nous ne prétendons pas qu'il y ait interposition de personnes toutes les fois qu'un particulier agira dans l'intérêt d'une congrégation non autorisée. Les religieux ont, comme d'autres, le droit d'être propriétaires; M. Émile Ollivier a soutenu, il est vrai, que les religieux ayant fait vœu de pauvreté et ne pouvant en conséquence acquérir que pour leur couvent, toute libéralité à eux adressée, devait être considérée comme nulle. Ceci n'est pas exact. Ainsi que le disait avec raison à la Cour de Paris l'avocat de la congrégation du Saint-Sacrement, les religieux, quoique prêtres, restent citoyens. Si donc ils ont des biens, ils ont le droit de les mettre à la disposition des membres de

Digitized by Google

leur congrégation; la loi ne saurait voir là que l'exercice du droit de propriété par ces particuliers, et non l'abandon de ce droit.

Rien de plus licite également que la constitution en société civile d'une réunion de religieux, qui veulent profiter de cette communauté d'existence pour vivre à meilleur marché. Il est de même fort admissible que des moines établissent une société pour l'exploitation des produits de leur industrie. Si donc la Grande-Chartreuse a le droit d'exercer des poursuites en contrefaçon, c'est en tant que société civile ou même commerciale si l'on considère sa fabrication comme un établissement industriel plutôt que comme l'exploitation d'un fonds. A ce titre, elle peut agir en justice, posséder; elle est passible de toutes les obligations commerciales. Mais lorsque la société, comme cela arrive si fréquemment, a rédigé ses statuts en vue de la conversion des émoluments sociaux en biens de mainmorte, elle viole la règle formelle de l'article 1832[1] imposant le partage des bénéfices, elle n'est plus établie dans l'intérêt des associés, mais contre eux; elle est illicite aux termes des articles 1108 et 1833.

La Cour de Paris, statuant sur l'espèce qui m'occupe, a passé rapidement sur les clauses accessoires qui accompagnent le contrat d'acquisition des Pères du Saint-Sacrement; elle s'est contentée de déclarer qu'elles ressortissaient du domaine de la liberté des conventions. Il est intéressant pourtant de les examiner, non au point de vue de leur validité qui n'est pas en question, mais sous le rapport des présomptions que l'on en peut tirer relativement à la preuve de l'interposition alléguée.

« MM. Champion et consorts, dit le contrat de vente, ac-
« quéreurs conjoints et solidaires, stipulent qu'ils seront
« propriétaires des immeubles ci-après désignés, avec des
« droits égaux pour en jouir en commun pendant leur vie,
« et que la part du prémourant accroîtra aux survivants,

[1] Une application intéressante de ces principes a été faite par un jugement du tribunal de la Seine du 6 juillet 1877 décidant que la taxe sur les dividendes des sociétés commerciales ou civiles n'est pas applicable à une association religieuse dont les statuts interdisent la distribution des bénéfices. En effet une pareille association est en dehors des conditions légales des sociétés.

Digitized by Google

« de manière que le dernier survivant en reste seul pro-
« priétaire, avec tous les changements, améliorations et em-
« bellissements qui y auront été faits, le tout à titre de pacte
« tontinier et de contrat aléatoire. »

En présence d'une pareille clause, semble-t-il facile d'admettre que l'acquisition ait été faite dans l'intérêt des acheteurs nominaux, pour entrer dans leurs, biens ou au contraire pour être annexée au patrimoine de l'être moral qui ne peut avoir un patrimoine qu'à condition que la propriété nominale en repose sur d'autres têtes.

Il y a longtemps déjà, Nicolle, dans un mémoire imprimé à Lyon en 1770 disait : « Comme il faut tâcher que le bien
« que l'on fait à l'Église soit perpétuel, messieurs les léga-
« taires universels sont très humblement priés de faire une
« donation entre-vifs, sitôt qu'il sera mort quelqu'un d'entre
« eux, de manière que ces biens ne puissent jamais aller à
« des parents. Que le dernier survivant fasse un testament
« pareil à celui que j'ai fait en donnant ses biens à trois
« personnes desintéressées et gardant le même ordre à per-
« pétuité. » Le progrès des temps et l'augmentation des droits de mutation ont amené ce changement dans le mode de procéder qu'au lieu de trois prête-nom on en prend six.

Malgré cette clause d'une nature si particulière, la Cour, après avoir recherché l'origine des deniers, considéré la qualité des parties, l'usage que les prétendus acheteurs faisaient de la chose, n'a pas cru qu'il y eût interposition de personnes. L'article 911 du Code civil dispose formellement que toutes les présomptions sont admissibles pour concourir à une pareille preuve. Dans sa souveraineté la Cour a cru devoir écarter celle que présentait la cause. Mais si l'on tire de l'arrêt de la Cour toutes les conséquences qui s'en déduisent fatalement, il faut admettre que les capitalistes qui ont fourni l'argent des acquisitions ont donné non pas à la communauté, mais aux six membres qu'elle met en avant, que c'est à ceux-ci que l'immeuble appartient absolument. Et le jour où il arriverait que le Père Champion ou le Père Maréchal, devenu, grâce au pacte tontinier, seul propriétaire de l'immeuble, jusque-là hôte généreux de sa communauté, changeât brusquement d'avis et fît scission d'avec ses frères,

Digitized by Google

il pourrait les chasser de leur maison et leur dire comme le personnage de Molière :

C'est à vous d'en sortir.....

Et pour être logiques avec leur système, l'éminent avocat qui plaide aujourd'hui pour lui devrait lui prêter encore l'appui de sa conviction; la Cour devrait apposer la formule exécutoire au bas de sa volonté. J'ose croire que si on l'appelait à rendre un pareil arrêt, l'équité de la Cour hésiterait avant de tirer cette conséquence fatale de son arrêt du 21 février.

Tout ceci est la question de fait. La Cour a fait plus. Elle a dit qu'en admettant, avec le jugement de première instance, l'allégation que les acquéreurs ont acheté en réalité pour la congrégation du Saint-Sacrement qui serait seule propriétaire, les époux Lanet seraient néanmoins non recevables dans leur exception comme ne faisant qu'invoquer le droit d'un tiers.

Cette doctrine est la conséquence d'une théorie juridique qu'exposait en ces termes l'organe du ministère public : « La thèse à laquelle je me rallie, la jurisprudence en main, « n'a pour objet ni pour effet de régulariser contrairement « aux prescriptions légales les acquisitions faites à titre « gratuit, ni même à titre onéreux par des communautés « simplement tolérées...; mais les tiers qui n'ont point été « parties au contrat sont tenus de reconnaître l'état de fait « qui en résulte. »

Ce système part d'un principe exact et s'appuie sur une jurisprudence parfaitement correcte pour en tirer, dans l'espèce, des conséquences erronées. Il est vrai que deux arrêts de cassation ont débouté les héritiers des Pères Parabère et Lacordaire des réclamations qu'ils adressaient aux religieux détenteurs des prétendus biens de leur auteur en se fondant sur ce que les possesseurs apparents n'étaient que les prête-nom des communautés non autorisées auxquels les *de cujus* avaient appartenu. Dans ces deux circonstances, le motif de la décision judiciaire a été que la Cour a considéré les biens revendiqués comme n'ayant jamais été la propriété de ceux dont on prétendait exercer les droits. Dès lors, sans reconnaître aucun droit aux défendeurs qui ne demandaient rien

Digitized by Google

à la justice, la Cour a simplement repoussé la prétention des héritiers comme non justifiée. Mais si les détenteurs des biens en litige, allant au-devant du procès, eussent demandé à la Cour de sanctionner leur prétendue possession, la Cour ne les eût pas admis et c'est précisément ce que réclament les Pères du Saint-Sacrement lorsque, du fait de leur détention, ils prétendent tirer un droit actif en leur faveur.

Pour mettre dans tout son jour la confusion dans laquelle l'arrêt nous semble être tombé, il est essentiel de préciser plus exactement encore que je ne l'ai fait jusqu'ici la nature de la fin de non-recevoir opposée par les défendeurs. La contestation ne portait en aucune façon sur le fond du droit; et le litige n'existait que sur la recevabilité de la demande. Le raisonnement tenu par les adversaires de M. Champion et consorts se formule en ces termes très simples : si l'assignation qui engage le procès avait été donnée à la requête de la congrégation du Saint-Sacrement, nous serions certainement en droit de demander au tribunal et à la Cour d'écarter du prétoire un demandeur de cette nature. Or ce qu'elle ne peut faire ostensiblement, la congrégation ne peut le faire par prête-nom; nous prouvons que les six demandeurs qui figurent dans la procédure ne sont que des prête-nom. Donc nous sommes fondés à refuser de plaider contre eux.

A ce raisonnement une seule réponse était possible, c'était celle que la Cour a faite dans la première partie de son arrêt, la négation de l'interposition. Mais lorsque, voulant aller plus loin, l'arrêt affirme, que serait-il établi que la congrégation plaide sous le couvert de ses six représentants, son action pourrait néanmoins être tenue pour recevable, il sort évidemment des bornes de la vraisemblance juridique. S'il est vrai que du moment qu'un tiers complaisant consent à figurer sur les actes de procédure sans que le défendeur, ni à plus forte raison le ministère public, puisse exciper de cette nullité, l'incapacité de la personne morale non reconnue devient de pure formule. Le juge renonce au plus précieux des droits que lui ait conféré le progrès de la législation, celui de démasquer librement la fraude et de dégager la vérité juridique des artifices ourdis pour tromper sa religion. Le formalisme romain avait bien admis que la

Digitized by Google

substitution d'un mot à un autre pouvait entraîner une déchéance; il n'avait pas été jusqu'à dire qu'elle pût être créatrice de droits.

« La prétention des défendeurs, dit la Cour de Paris, con-
« duit à une conséquence directement contraire de celle
« qu'ils prétendent en tirer; en effet la propriété des im-
« meubles et les actions qui les concernent ne pouvant
« légalement résider sur la tête de la congrégation reposent
« nécessairement en droit, comme en fait, sur la tête des
« six personnes qu'un acte régulier en a investis indivisé-
« ment. «

L'argument est ingénieux; il n'est toutefois pas concluant. Si la propriété de l'immeuble ne repose pas sur la tête des six prête-nom, dit la Cour de Paris, elle ne reposera sur aucune tête. Mais quelle portée peut avoir ce raisonnement lorsqu'on est parti de l'idée que ces six prête-nom ne sont jamais devenus propriétaires et que leur titre ne leur confère aucun droit?

J'en ai dit assez sur la nature de la nullité des actes faits dans l'intérêt d'une congréation pour n'avoir pas à revenir longuement sur les principes déjà posés. Sans doute le sens commun est blessé par cette idée qu'un propriétaire aura librement consenti la vente de son immeuble, qu'il aura touché son prix, qu'il se sera dessaisi de son bien, que depuis de longues années il lui sera devenu étranger et qu'un jour, s'il lui plaît d'en revendiquer la propriété, aucune fin de non-recevoir, aucune prescription, aucune exception de dol ne lui puisse être opposée. Telle est pourtant la rigueur des principes du droit. Si par sa participation au contrat ce vendeur a causé du tort à des tiers de bonne foi, il sera obligé à leur égard aux termes de l'article 1382[1]; mais en

[1] C'est en ce sens que le dernier considérant de l'arrêt de la Cour, disant que l'arrêt à intervenir est destiné à trancher irrévocablement le litige, peut être tenu comme exact dans une certaine mesure sans toutefois être de nature à influer aucunement sur la solution de la question. Si le propriétaire de l'immeuble ayant fait rescinder son contrat voulait reprendre le procès de mitoyenneté, il serait probablement écarté par la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Mais cette considération, toute de pratique et subordonnée à une appréciation ultérieure des faits, ne saurait en rien modifier les principes que nous établissons.

Digitized by Google

tant qu'obligation contractuelle, l'acte de vente n'aura jamais existé, le vendeur n'aura jamais transféré à son prétendu acheteur la propriété de l'immeuble. C'est donc sur sa tête qu'aura continué à reposer l'exercice des droits actifs et passifs attachés à l'immeuble; c'est lui qui devra subir toutes les charges de la propriété; seul il aura qualité pour intenter les actions en reconnaissance de servitudes.

Mais, dira-t-on, est-il possible de forcer un vendeur de bonne foi à conserver ses droits malgré lui? Certainement oui; il est libre de ne les point exercer; mais s'il voulait s'en dessaisir, il devait user des moyens que la loi accorde aux particuliers pour transférer leur propriété. Tout au plus peut-on admettre qu'il y a eu de sa part une *derelictio*, un abandon de sa propriété et alors, aux termes de l'article 711 du Code civil, le bien reviendrait à l'État comme bien vacant et sans maître. Tel est le système dont l'adoption est imposée par le jeu logique et nécessaire des principes du droit positif sur la matière.

Je réponds en passant à un des arguments d'équité que Me Barboux a fait valoir avec tant d'autorité devant la Cour : « Les communautés religieuses, dit-il, se comptent en « France par milliers; c'est par dizaine de mille qu'il faut « compter leurs membres. Toutes ont au moins une cha- « pelle; toutes sont installées dans un immeuble. La pro- « priété de cet immeuble appartient à un des membres de la « communauté, ou l'un des membres en est simple loca- « taire.... Et c'est ici que se montre toute la beauté de la « théorie. Le religieux qui a acheté un immeuble est-il ac- « tionné en payement du prix? Rien de mieux. Mais s'il a le « malheur de se plaindre du défaut de contenance, on le « déclarera personne interposée et, comme tel, incapable « d'ester en justice. » Renversant ce raisonnement, il serait facile de trouver dans la jurisprudence des exemples, et des plus récents, où les chefs de certaines communautés, après avoir contracté dans l'intérêt de leur couvent, savaient fort bien, lorsque l'on réclamait l'exécution des engagements pris pour la communauté, exciper de l'incapacité de celle-ci. Mais, laissant la question sur le terrain où l'a placée l'avocat du Saint-Sacrement, est-il bien inique que le contrat souscrit par un congréganiste puisse lui être opposé, sans que lui-

Digitized by Google

même soit en droit de l'invoquer? *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Les tiers, au contraire, ont le droit de se prévaloir de la faute d'autrui. Par son fait, le religieux n'a pu obliger les tiers envers son couvent; mais, par son fait, il a pu engager sa responsabilité vis-à-vis d'autrui.

Je continue à suivre le développement des principes posés par l'arrêt, et j'en viens au dernier argument. C'est celui tiré de la nature du droit en litige. Comme il s'agit d'un droit réel, dit la Cour, de la dette d'un immeuble envers un autre immeuble, il n'y a pas lieu de considérer la qualité des propriétaires. Sans doute il est de principe que la mitoyenneté est une servitude réelle, et quand un propriétaire exerce à l'encontre de son voisin les droits qui en dérivent, on dit volontiers en doctrine que c'est un fonds qui plaide contre un autre fonds. Mais encore est-il certain qu'une maison ne peut pas plaider elle-même et, comme toute la discussion roule sur le point de savoir si la procédure était ou non régulière, la nature du droit invoqué au fond est complètement hors de cause. D'ailleurs, chacun sait que lorsque l'on parle d'un immeuble qui plaide contre un immeuble, on veut dire que le demandeur agit en tant que propriétaire et non en qualité de créancier. Or, comme ce que l'on contestait aux six congréganistes, c'était précisément leur qualité de propriétaires, l'argument de la Cour de Paris revient, en fin de compte, à résoudre la question par la question.

Sans doute, il faut le reconnaître, il peut sembler bien rigoureux, dans de pareilles matières, d'appliquer jusqu'au bout des principes inflexibles. La jurisprudence donne certains exemples de tempéraments, dont l'équité du juge est aisément tentée d'adopter l'excuse. Le législateur lui-même a paru, dans certains cas spéciaux, faire bon marché des règles traditionnelles de notre droit public, que beaucoup seront tentés de trouver surannées. Il a toutefois semblé utile de rappeler que l'ancienne doctrine subsiste intacte, tant dans la législation que dans la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est surtout dans ces délicates matières, qui touchent de si près au droit public, que le juge doit s'abstenir de substituer son équité à celle du législateur. L'arrêt de la Cour de Paris est une puissante autorité, en faveur d'une doctrine qui compte déjà dans son sens quelques imposantes

Digitized by Google

décisions judiciaires. Il est permis d'espérer qu'elle ne sera pas définitive.

« L'histoire, s'écriait M. Barboux, dans un des passages « les plus élevés de sa plaidoirie, nous montre à chaque pas « de ces légers retours en arrière; ils sont la loi même du « progrès et comme la condition de la durée des conquêtes « de la liberté. Ainsi, le laboureur revient sur le sillon que « la charrue à tracée et le creuse de nouveau, afin que ni « le vent ni l'orage, ni le pied du semeur ne le puissent « effacer. » Reprenant dans un autre sens ces éloquentes paroles, je dirai en terminant : la jurisprudence a parfois de ces légers retours en arrière, ils sont la loi même de son progrès et comme la condition de la durée des conquêtes de la vérité scientifique. ED. SELIGMAN.

ÉTUDES SUR LE SECOND MARIAGE CONTRACTÉ AVANT LA DISSOLUTION DU PREMIER.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OUVERTE CONTRE LE MARIAGE BIGAMIQUE.

Par M. Prosper SCHAEFFER, juge au tribunal de Bourgoin.

Quand le premier mariage réunit toutes les conditions nécessaires à son existence et à sa validité, il crée, tant qu'il subsiste, un empêchement dirimant par rapport à toute autre union. Il s'oppose, en effet, non seulement à la formation d'un second mariage, mais encore à l'existence de ce mariage après qu'il a été formé (art. 147, 227 C. civ.).

Le second mariage qui aura été contracté malgré cet empêchement, sera par conséquent nul, et cette nullité étant fondée sur l'ordre public et les bonnes mœurs, est absolue et perpétuelle. Elle ne se couvrira par aucun laps de temps et ne sera protégée par aucune fin de non-recevoir.

Il n'y aurait à cet égard aucune distinction à établir entre le cas où le conjoint du bigame serait décédé et celui où il vivrait encore. Dans le premier comme dans le second, le caractère et les effets de la nullité resteraient les mêmes. L'article 184 du Code civil autorise toute personne à attaquer un mariage contracté au mépris des empêchements résultant

Digitized by Google

de l'âge, de l'existence d'un autre mariage et de la parenté ou de l'affinité aux degrés prohibés. L'article 185 dit ensuite que ce droit ne pourra plus être exercé, relativement au défaut d'âge, dans certaines circonstances qu'il détermine. Cette disposition, visant exclusivement l'empêchement tiré du défaut d'âge, et aucune autre ne contenant, par rapport à la nullité résultant de l'existence d'un premier mariage, une exception analogue, il faut naturellement appliquer la règle : *Qui dicit de uno negat de altero*, et admettre que la nullité qui nous occupe survit à la cause qui l'a produite, au premier mariage. L'article 187 conduit à une conclusion identique. Dire que les parents collatéraux et les enfants d'un précédent mariage ne sont pas admis à exercer l'action en nullité qui leur compète contre le mariage entaché de bigamie, du vivant des époux, c'est proclamer que leur action est recevable au décès des époux, c'est-à-dire à une époque où il n'y a plus d'état de bigamie. En effet la coexistence de deux mariages, n'eût-elle duré qu'un mois, une semaine, un jour, blesse, au plus haut point, l'honnêteté publique. Le temps a beau s'écouler, et l'époux trompé garder le silence et décéder, la société reste toujours en présence, sinon de deux bigames, du moins d'un mariage contracté en état de bigamie. En rendant cette nullité, comme on disait autrefois, « insanable », le législateur s'est efforcé de prévenir le retour trop fréquent de ces sortes de scandales et il a eu raison d'appliquer ici, dans toute sa rigueur, la maxime : *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (loi 29, Digeste, *De reg. Jur.*); car, ainsi que l'observe justement Toullier : L'espoir que l'époux pourrait, dans la suite, valider ces mariages serait un encouragement à les former. Cet espoir serait déjà criminel et conduirait à des crimes plus grands (*Droit civil*, t. I, n° 629).

En droit romain, la nullité d'un mariage contracté par deux esclaves, quoiqu'elle fût aussi absolue et perpétuelle, se couvrait par l'affranchissement des époux durant le mariage.

Dans notre droit, la Cour de cassation a également jugé par un arrêt du 19 juin 1811, confirmatif d'un arrêt de la Cour de Paris du 3 août 1810, que la nullité absolue et perpétuelle, résultant d'un mariage conclu en état d'émigration, était purgée par le seul fait de la cohabitation des époux prolongée au

Digitized by Google

delà de leur réintégration dans les droits civils et politiques (Merlin, *Répertoire*, v° MARIAGE, sect. 3, § 1).

Observons toutefois que ces mariages, ceux des émigrés surtout, bien loin de mériter aucune réprobation et d'encourir, par-là, les justes sévérités de la loi, étaient, au contraire, dignes d'intérêt et que l'empêchement qui s'opposait à leur validité ayant disparu, il eût été inique de ne pas les tenir pour valables, s'ils s'étaient prolongés au delà de l'amnistie.

Qui peut intenter l'action en nullité?

L'action en nullité peut être intentée, soit par les époux eux-mêmes, soit par l'époux au préjudice duquel a été contracté le second mariage, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public (art. 184, 188 C. civ.).

1° *Par les époux eux-mêmes.*

La section de législation avait proposé de n'accorder l'action qu'à celui des deux époux qui était libre, à ses père et mère, aïeul et aïeule et au ministère public. Mais le Conseil d'Etat trouva que ce droit d'annulation était resserré dans des limites trop étroites. « Il doit appartenir, dit Bigot-Préameneu à la séance du 4 vendémiaire an X, aussi bien à celui des époux qui est lié par le premier mariage et aux enfants qui en sont issus qu'au bigame lui-même, car il faut qu'il puisse réparer le délit qu'il a commis. » (Locré, *Lég.*, t. II, p. 332, n° 43.) Sur ces observations, l'article 184 fut rédigé comme il l'est, sans distinguer entre les époux ni entre les époques où l'action serait intentée.

On s'est, depuis, souvent prévalu des maximes : « *Nemo auditor turpitudinem suam allegans* » et « *Nemo ex proprio dolo actionem consequi potest* » pour établir de nouveau une différence entre les deux époux et ne concéder l'action qu'à celui qui avait été trompé. Mais le texte de l'article est trop clair et la discussion à laquelle il a donné lieu trop explicite pour que cette interprétation ne soit pas rejetée. (Toullier, *Droit civil*, t. I, n° 632; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n° 325; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 53.)

Digitized by Google

Avouons-le cependant, la loi n'a pas été juste, en traitant sur un pied d'égalité le bigame et sa victime. Bigot-Préameneu a fait admettre la doctrine consacrée par le Code en disant qu'il faut que le bigame puisse réparer son délit. Le bigame qui a délaissé son premier conjoint et qui veut être délié du second ne nous inspire aucune confiance; il se présente en justice bien moins pour réparer sa faute que pour en commettre une autre.

Merlin justifie notre article, en prétendant que les maximes sus-énoncées, bonnes pour écarter une demande fondée sur un intérêt privé, ne l'étaient pas pour repousser une demande dans laquelle est engagée l'honnêteté publique (Merlin, *Rép.*, v° MARIAGE, sect. 6, § 2, question 1, art. 184). Nous admettrions volontiers cette explication, pour l'époque durant laquelle le premier mariage existe encore; alors en effet, l'intérêt privé du particulier doit s'effacer devant l'intérêt suprême de la morale publique, et la société aurait tort de renoncer à un moyen quelconque d'anéantir un délit; mais elle nous paraît inapplicable à l'époque qui suit la dissolution du premier mariage. Dans ce cas où il n'y a plus ni adultère, ni bigamie, et où le ministère public, le premier vengeur de la société, est lui-même désarmé, l'intérêt de la seconde famille ne prime-t-il pas celui de la société désormais rassurée, et convient-il bien d'annuler encore le mariage, sur la demande de celui qui en est seul responsable, contre le conjoint qui en est innocent, et au préjudice des enfants qui en sont issus ? (Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t. III n° 300).

La distinction entre le conjoint de bonne et celui de mauvaise foi, que nous regrettons de ne pas trouver dans notre Code, est consacrée par la loi autrichienne; *Gesetzbuch*: § 96, « Uberhaupt hat nur der schuldlose theil das recht zu ver- « langen dass der ehevertrag ungiltig erklärt verde. » « En général, la partie innocente a seule le droit de demander l'annulation du mariage. » D'après cet article, et les commentaires auxquels il a donné lieu, chacun des époux, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, peut arguer de nullité le mariage, tant qu'il subsiste, mais, sitôt qu'il est dissous, l'époux de mauvaise foi perd le droit de le faire annuler.

L'époux mineur, qui veut intenter l'action en nullité, doit

Digitized by Google

se faire assister de son curateur. Il a été émancipé par le mariage, et il reste tel, bien qu'il attaque le titre même de son émancipation, le mariage, un acte continuant à produire tous ses effets, tant qu'il n'a pas été annulé (Demolombe, t. III, nº 260). La Cour de Turin l'a décidé ainsi, dans un arrêt du 14 juillet 1807, qui porte : « que l'appelante ne pouvant, en l'état, être envisagée que comme l'épouse de Jean Chabloz, elle doit être également réputée émancipée de plein droit, aux termes de l'article 476 du Code civil (Dalloz, *Rép.* vº MARIAGE, nº 477).

La femme majeure qui intente l'action, en qualité de demanderesse, a besoin de l'autorisation de son mari, ou de justice, pour agir. Aussi longtemps qu'elle n'a pas obtenu l'annulation de son mariage, elle reste femme mariée, et subit les incapacités attachées à son état. Ce qui prouve, de la manière la plus péremptoire, que le mariage, quoique attaqué, n'en produit pas moins tous ses effets, c'est que dans le cas où les époux sont séparés de fait, l'action du mari demandeur doit être portée devant le tribunal de son domicile, et non devant celui de la femme.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 31 août 1824, a jugé le contraire, et déclaré que si la femme était obligée d'obtenir l'autorisation de son mari, avant de plaider contre lui, en nullité de mariage, elle reconnaîtrait, par là même, ce qui fait l'objet du procès, l'existence et la validité du mariage; mais c'était par une demande reconventionnelle opposée à l'action de son mari, tendant à la réintégration du domicile conjugal que la femme avait conclu à la nullité du mariage. Or la reconvention est une défense à l'action principale. Il y a donc tout lieu de croire que cette solution est due à la situation particulière de la femme, qui était défenderesse au principal et demanderesse seulement en exception, et que l'arrêt dont il s'agit est un arrêt d'espèce plutôt que de doctrine (Sirey, *Collect. nouv.*, 7, 1, 527).

En effet cette décision est restée isolée, et la Cour suprême a toujours sanctionné, depuis, la règle que nous avons énoncée (Sirey 1845, 1, 366; 1851, 1, 202). Dans l'arrêt de 1845, elle a maintenu, avec tant de fermeté, le principe de la nécessité de l'autorisation maritale, qu'elle a déclaré que la présence du mari dans l'instance et sa comparution sur la

Digitized by Google

demande formée contre lui ne peuvent tenir lieu d'une autorisation expresse donnée à la femme.

Au contraire, la femme n'a besoin d'aucune autorisation, ni de son mari, ni de la justice, si, en demandant la nullité du mariage, elle ne fait que défendre à l'action intentée par son mari. L'attaque dirigée contre elle contient, dans ce cas, une autorisation tacite de se défendre par tous moyens (Merlin, *ib.*, sect. 6, § 2, art. 180, 4e question; Demolombe, t. IV, n° 127; Aubry et Rau, t. IV, p. 124).

La femme demanderesse qui est munie de l'autorisation de plaider, et la femme défenderesse, qui en est dispensée, sont fondées à poursuivre leurs droits devant toutes les juridictions, ordinaires et extraordinaires, sans que la première soit obligée de requérir une nouvelle autorisation, ni que la seconde cesse d'être affranchie de cette formalité. L'une ne fait que suivre devant les tribunaux institués pour lui rendre justice une action qu'elle a été autorisée à exercer sans restrictions ni limite. L'autre continue à se défendre, tant qu'elle n'a pas obtenu contre son mari un jugement qui n'est plus susceptible d'aucune voie de recours (Merlin, *ib.* Demolombe t. IV, n°s 285, 290; Magnin, *Des minorités*. t.II, n° 1401, Sirey, 1839, 2, 513; *Contra* : Chardon *Puissance maritale*, n° 103; Aubry et Rau, t. IV, p. 139, Sirey, 1849, 1, 293).

D'après l'article 115 du Code civil Italien, lorsque la demande en nullité est intentée par l'un des époux, le Tribunal peut, sur les conclusions de l'une des parties, ordonner leur séparation pendant l'instance. Il peut même l'ordonner d'office, si les deux époux, ou l'un deux, sont mineurs : « quando la domandá di nullita sia proposta da uno dei « conjugi, il tribunale puo sull'istanza di uno di essi ordinare « la loro separazione temporanea durante il giudizio; puo « ordinarla anche d'uffizio se ambidue i conjugi od uno di « essi siano minori di eta. »

Aucun texte n'accorde un droit pareil à nos tribunaux. C'est une lacune regrettable, car après l'ouverture des hostilités entre les deux époux, la vie commune offre, surtout pour la femme, plus d'inconvénients que d'avantages, et elle est d'autant plus inexplicable, que le législateur a édicté des mesures analogues, dans les cas de divorce et de séparation

Digitized by Google

de corps, par les articles 268 du Code civil et 878 du Code de procédure civile.

2° *Par l'époux au préjudice duquel a été contracté le second mariage.*

Un article spécial, l'article 188, accorde au premier conjoint du bigame le droit de demander la nullité du second mariage. L'époux qui a été délaissé, et au préjudice duquel a été contracté un nouveau mariage est certainement, plus que tout autre, fondé à attaquer ce mariage. Il a à défendre son état d'époux violé par le convol, son honneur outragé par l'adultère, son intérêt lésé par l'entretien d'un second ménage, et la procréation d'une lignée de bâtards.

Notre article dit, *in fine*, que l'action peut être exercée du vivant même du bigame. Était-il bien nécessaire d'ajouter ces mots? Qui eût pensé que la victime dût se croiser les bras devant le coupable, et attendre qu'il fût décédé pour se plaindre?

Nous croyons qu'ici surtout la femme devra se faire autoriser par son mari ou par justice, avant d'introduire son action, car, à la différence de la seconde femme qui ne veut pas être mariée et demande l'annulation de son mariage, celle-ci au contraire revendique hautement son titre d'épouse et se prévaut précisément de la validité de son mariage pour obtenir l'anéantissement du second. Invoquant d'une part les droits de la femme mariée, elle ne saurait, de l'autre, en méconnaître les obligations.

Il est évident, du reste, que si, pour cacher son délit, le bigame avait déserté l'ancien domicile conjugal, et s'était placé dans la situation d'un absent, ou seulement d'un non présent, l'autorisation de justice suffirait à la femme (art. 222).

Il en serait de même dans le cas où le bigame aurait subi la peine attachée à la bigamie et se trouverait incapable de donner l'autorisation (art. 221).

Si la femme, s'appuyant sur l'état de bigamie de son mari, demandait la séparation de corps, l'autorisation du tribunal remplacerait celle du bigame (art. 878 proc. civ.).

3° *Par tous ceux qui y ont intérêt.*

Il faut ranger dans cette catégorie : *a*) les ascendants; *b*) le

Digitized by Google

conseil de famille; *c*) les collatéraux; *d*) les enfants nés d'un autre mariage; *e*) les créanciers.

a) **Les ascendants des époux,**

A la différence des époux et du ministère public, les ascendants des époux ne sont pas spécialement désignés dans l'article 184 pour exercer l'action en nullité. Mais il n'est pas douteux qu'ils ne soient compris dans la classe de ceux que la loi appelle « tous ceux qui y ont intérêt ». L'article 184 vise trois causes de nullité : l'impuberté, la bigamie et la parenté ou l'alliance aux degrés prohibés. L'article 186 concerne une de ces causes, l'impuberté, et il dispose que les ascendants qui ont consenti au mariage de l'impubère ne sont plus recevables à en demander la nullité, de ce chef. Si les ascendants sont non recevables dans le cas particulier de l'article 186, c'est donc qu'ils sont recevables en général, et notamment dans tous les cas non exceptés par cet article. Observons d'ailleurs que l'irrecevabilité des ascendants, dans le cas de l'article 186, a une grande raison d'être, puisqu'ils sont, par le consentement qu'ils ont donné, en partie responsables du mariage de l'impubère.

L'intérêt que les ascendants doivent avoir pour agir n'est ni déterminé, ni limité par la loi. Il peut consister aussi bien dans un intérêt purement moral, tel que de famille, d'honneur ou d'affection, que dans un intérêt pécuniaire. L'article 187 le prouve avec une grande force, quoique implicitement seulement. D'après cet article, parmi les personnes auxquelles compète l'action en nullité, les parents collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage doivent justifier d'un intérêt né et actuel. Ne suit-il pas de là que les ascendants, qui sont au nombre de ceux à qui appartient l'action en nullité, peuvent faire valoir un intérêt différent? L'article 191 le décide à son tour et celui-ci est tout à fait explicite et sans réplique. Le mariage clandestin, dit cet article, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel et par le ministère public. Comme on le voit, la loi distingue formellement, dans cette énumération, les ascendants des autres intéressés. Ceux-ci ne peuvent invoquer qu'un intérêt né et actuel, ceux-là auront donc le droit de se

Digitized by Google

prévaloir de tout autre intérêt, c'est-à-dire d'un intérêt moral. Soutiendrait-on que, par cela même que cette distinction n'est faite que dans cet article, et qu'elle ne se trouve pas reproduite dans l'article 184, elle doit être appliquée au cas spécial de la clandestinité? Nous répondrions par un argument *à fortiori* et nous dirions : Comment la loi qui a permis aux ascendants de demander la nullité d'un mariage clandestin ne les autoriserait-elle pas à faire annuler un mariage bien autrement scandaleux, celui qui est entaché de bigamie?

Puisque les ascendants sont admis à intenter l'action en nullité, en vertu d'un intérêt purement moral, ils peuvent naturellement se pourvoir, du vivant même des époux. D'après tous nos articles, et l'article 187 spécialement, la nécessité d'ajourner au décès des époux l'exercice de l'action n'est imposée qu'à ceux qui ont besoin, pour agir, d'un intérêt né et actuel. Nous pensons même que, dans l'esprit de la loi, les ascendants doivent attaquer le second mariage du vivant des bigames, afin de rompre au plus tôt une union qui est un attentat contre les droits de la famille et de la société (Merlin, *ib.*, sect. VI, § 2, art. 187, 2me question; Delvincourt, t. I, p. 148; Vazeille, t. I, nos 218, 246; Aubry et Rau, t. IV, p. 54; Demolombe, t. III, n° 301; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. II, n° 489; Dalloz, *ib.*, n° 510; *contrà :* Duranton, t. II, n° 328; Toullier, t. I, n° 633).

Un arrêt de la Cour suprême du 15 novembre 1848, confirmatif d'un arrêt de la Cour de Lyon du 22 juillet 1846, a statué conformément à l'opinion commune : le sieur Bernard et la demoiselle Lavanchy, celle-ci d'origine suisse, se marièrent à Lyon en 1823, puis divorcèrent en vertu d'un jugement du tribunal civil de Cossonay, canton de Vaud, du 14 mars 1837. Avant que ce jugement fût confirmé par le tribunal d'appel de Lausanne, la demoiselle Lavanchy contracta un second mariage avec le sieur Berrod à Saint-Saphorin, canton de Vaud. Ce dernier décéda, en 1844, à Lyon. La demoiselle Lavanchy ayant, à l'occasion de difficultés survenues entre elle et les héritiers du défunt, lors de la levée des scellés, excipé de son titre d'épouse légitime, les héritiers, et notamment la mère du défunt, lui opposèrent la nullité de son second mariage fondée sur le motif

Digitized by Google

qu'il avait été, contrairement à la loi suisse, contracté avant la confirmation du jugement de Cossonay. La demoiselle Lavanchy répliqua à la dame Berrod qu'elle n'avait aucun intérêt pécuniaire à faire valoir dans la succession, et que son action était dès lors non recevable. Mais la Cour repoussa énergiquement ce moyen, par les considérants suivants : « Attendu que le père et la mère sont évidemment intéressés « à faire prononcer la nullité du mariage, contracté par « leur fils avec une femme encore engagée dans les liens « d'un premier mariage. Que l'exercice de ce droit de l'as- « cendant consacré par l'article 184, n'est pas soumis comme « celui des collatéraux, à la condition d'un intérêt né et ac- « tuel, etc. » (Sirey, 1848, 1, 674).

Personne ne conteste qu'il faille entendre par « les ascendants » ceux de l'un ou de l'autre époux, et non pas exclusivement ceux du bigame. Mais l'accord cesse quand il s'agit de déterminer la manière dont les ascendants feront valoir leurs droits, s'ils les exerceront concurremment, ou, à défaut l'un de l'autre, dans l'ordre où ils sont appelés à consentir au mariage ou à y faire opposition.

D'après les articles 184 et 187, ce sont « tous ceux qui y ont intérêt »; d'après les articles 186 et 191, ce sont « les père et mère, les ascendants et la famille » qui jouissent de l'action en nullité. Les ascendants sont partout appelés indistinctement, sans que les plus proches soient préférés aux plus éloignés. Toutes les fois que la loi subordonne le droit d'une personne à celui d'une autre, elle l'exprime formellement, témoins les articles 148-151, 173. Dans chacune de ces dispositions, il est dit « le père, à son défaut la mère, à défaut des père et mère, les aïeuls ». Lorsqu'elle enlève un droit à quelqu'un, elle l'énonce aussi clairement, comme l'indique l'article 186, où les parents qui ont consenti au mariage de l'impubère sont déclarés non recevables à en demander la nullité. Ici, rien de semblable. Bien loin qu'un texte confère un privilège à un ascendant aux dépens d'un autre, tous, au contraire, les placent sur la même ligne, et ce n'est que justice. Le mariage entaché de bigamie est un outrage pour la famille tout entière et non pas seulement pour tel ou tel de ses membres. Il fallait dès lors empêcher que la négligence ou la complicité de l'un n'arrêtât la poursuite de tous, et,

Digitized by Google

pour prévenir ce résultat, il n'y avait qu'un moyen, c'était de conférer l'action au plus diligent.

La doctrine, qui veut que les ascendants exercent leur droit graduellement, se fonde sur les articles 142, 148, 150, 172, 402. Ces textes établissent, suivant elle, une magistrature domestique qui fait de l'ascendant le plus proche le représentant et le défenseur exclusif de la famille. Mais nous croyons que cette hiérarchie est de droit exceptionnel, et qu'il ne faut pas l'étendre à des matières pour lesquelles elle n'a pas été instituée. Lorsque les ascendants sont appelés à consentir au mariage ou à y faire opposition, ils remplissent une mission qui n'intéresse que la famille et que la voix du sang confère naturellement au père plutôt qu'à l'aïeul. Concevrait-on qu'un enfant se mariât, au refus du père, avec le consentement d'un parent plus éloigné, ou qu'un mariage contracté sans le consentement du père et toléré ensuite par celui-ci fût attaqué par un aïeul? S'agit-il d'exercer la tutelle, c'est encore là une charge exclusivement domestique et que, dans l'intérêt du pupille, il faut imposer au parent le plus proche. Au contraire, l'action en nullité contre un mariage entaché de bigamie est une mesure d'ordre public et privé. Le dernier membre de la famille y est intéressé autant que le premier et que la société elle-même. Il importe, par conséquent d'en confier l'exercice à chaque ascendant, sans avoir égard au rang qu'il occupe dans la famille et en vertu de son seul titre d'ascendant.

La solution que nous proposons nous paraît d'autant plus exacte que l'inaction du chef de famille arrêterait souvent, dans la doctrine opposée, toute poursuite; car le parent plus éloigné qui voudrait agir, à défaut du plus proche, ne pourrait obtenir aucune autorisation à cet effet du tribunal, et il ne saurait non plus mettre en mouvement le ministère public, dont l'intervention n'est que facultative (Aubry et Rau, t. IV, p. 54; Marcadé, t. I, art. 184, n° 2; Laurent, t. II, n°s 489, 490; *contrà* : Toullier, t. I, n° 633; Duranton, t. II, n° 317; Demolombe, t. III, n° 303; Dalloz, *ibid.*, n° 512).

L'article 104 du Code civil italien ne confère l'action qu'aux descendants les plus proches. Mais il le dit expressément : « Il matrimonio contratto in contravenzione agli articoli 55,

Digitized by Google

56, etc., puo essere impugnato dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, etc. »

Nous admettons cependant une exception au principe d'après lequel tous les ascendants peuvent exercer concurremment l'action en nullité. C'est dans le cas où la mère voudrait agir du vivant du père et à son défaut. Nous rencontrons ici une autre magistrature domestique et bien plus puissante que celle des articles 142, etc.; celle qui fait du mari le chef de l'association conjugale. La souveraineté de ce dernier s'oppose évidemment à l'exercice de toute action qui constituerait une atteinte à son autorité, et l'on ne saurait nier que tel serait le caractère de l'action en nullité qu'une femme intenterait en présence et malgré la prohibition de son mari (Marcadé, t. I, art. 186; *contrà :* Demolombe, t. III, n° 303, Dalloz, *ibid*).

b) Le conseil de famille.

Le conseil de famille est investi de la même action en nullité que les ascendants. N'est-ce pas à lui qu'incombe, après le décès des parents, le maintien de l'honneur et de la moralité de la famille? Il est compris dans l'expression générale de « tous ceux qui y ont intérêt », dont se sert l'article 184 et, nous le croyons aussi, dans les termes « la famille » employés par l'article 186. Ces termes opposés à ceux d'ascendants, de collatéraux et d'enfants issus d'un autre mariage nous paraissent pris dans leur acception la plus large et embrasser tout à la fois la famille naturelle et la famille légale du mineur. Dans les articles 73 et 76, où ils se trouvent également, ils désignent, à n'en pas douter, le conseil de famille. L'argumentation à l'aide de laquelle nous avons établi les droits des ascendants sert par conséquent à déterminer ceux du conseil de famille, et nous nous dispensons de la reproduire ici.

L'article 191 a cependant soulevé quelques difficultés. Comme les mots « la famille » ne s'y trouvent pas, et qu'on ne peut pas assimiler le conseil de famille à ceux qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire, il paraît résulter de cette disposition que le conseil de famille n'est pas admis à attaquer le mariage entaché de clandestinité. On a conclu de cette irrecevabilité, dans un cas spécial, à une irrecevabilité générale du conseil

Digitized by Google

de famille dans toute espèce de nullité absolue et notamment en matière de bigamie. Mais de ce que le conseil de famille n'a pas le droit de se pourvoir contre un mariage clandestin, il ne suit nullement qu'il n'ait pas non plus le droit d'attaquer un mariage infecté de bigamie. Pour qu'il restât désarmé devant le bigame, il faudrait que les articles 184, 186 et 187 fussent aussi muets à son égard que l'article 191, et nous avons vu qu'ils ne le sont pas. (Demolombe, t. II, n° 304; Marcadé, t. I, art. 184; Laurent, t. II, n° 491; Dalloz, *ibid.*, n° 513.)

c) Les collatéraux.

Autrefois les collatéraux n'étaient admis que difficilement à attaquer un mariage entaché d'une nullité même absolue. Pour que leur action fût recevable, il fallait qu'elle s'appuyât sur l'un des vices qui touchent à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est ce que rapporte Daguesseau : « Si l'on excepte, dit ce savant magistrat, certains défauts essentiels qui forment des nullités que le temps ne peut jamais couvrir, certaines circonstances où la considération du bien public, toujours plus forte que l'intérêt particulier, semble se joindre aux collatéraux pour s'élever contre un mariage odieux, il est difficile qu'ils puissent détruire toutes les fins de non-recevoir qu'on leur oppose de la part des enfants dont ils contestent l'état, le silence des père et mère et des contractants même, l'union de leur mariage, la possession paisible de leur état, etc. » (t. II, 11e plaidoyer). Pothier ajoute que, conformément à ces principes, des collatéraux furent, par arrêt du 27 avril 1638, déboutés de leur demande tendant à obtenir la cassation d'un mariage nul pour cause de compérage. Les juges avaient tenu compte de la bonne foi des conjoints et de la facilité avec laquelle ils auraient obtenu une dispense s'ils s'étaient doutés que le compérage fût un empêchement de mariage (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 448) [1].

[1] L'acte religieux de tenir un enfant sur les fonds baptismaux constituait entre les père et mère de l'enfant et les parrain et marraine une parenté spirituelle incompatible avec le mariage, suivant les canons de l'Église. Frédégonde se servit de cet empêchement pour faire répudier Audowère par Hilperick et usurper sa place (Henri Martin, *Histoire de France*, t. II, p. 41). Le Concile de Trente a supprimé cet empêchement.

Digitized by Google

Les collatéraux, qui auraient été fondés autrefois à se pourvoir contre un mariage entaché de bigamie, le peuvent également aujourd'hui. Les articles 187 et 184 leur accordent formellement ce droit; le premier, en les désignant par leur nom; le second, en les comprenant dans la vocation générale de « tous ceux qui y ont intérêt ». Les articles 186 et 191 les appellent à se pourvoir en nullité contre le mariage de l'impubère et le mariage clandestin, sous la dénomination de « la famille » et de « tous ceux qui y ont intérêt ». A plus forte raison jouissent-ils de l'action en nullité quand il s'agit de bigamie.

Mais tandis que l'intérêt qui fait agir les ascendants peut être purement moral ou d'affection, celui des collatéraux doit être pécuniaire. L'article 187, en disant que l'action des collatéraux n'est pas recevable du vivant des époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel, se réfère évidemment à un intérêt héréditaire, c'est-à-dire d'argent. La raison de cette différence entre les ascendants et les collatéraux est toute simple. Il ne convient pas que des collatéraux jouent vis-à-vis de leurs parents le rôle de surveillants et de vengeurs de la morale. La loi a confié aux ascendants, à l'exclusion de tous autres, le soin de veiller à l'honneur de la famille.

Il ne suffit même pas que l'intérêt des collatéraux soit pécuniaire, il faut encore qu'il soit ouvert et acquis. C'est ce qui résulte des mots « né et actuel » employés par l'article 187. Les collatéraux ne seraient donc pas fondés à attaquer un mariage en vertu d'une créance conditionnelle ou à terme. Ils devraient attendre l'accomplissement de la condition ou l'expiration du terme.

Le plus souvent leur intérêt ne naît qu'au décès des époux. Alors, en effet, les enfants issus du mariage et le conjoint survivant réclament les droits que semble devoir leur assurer la dissolution du mariage. Les héritiers légitimes du défunt les leur contestent, en excipant de la nullité du mariage, et ainsi s'engage la lutte où sera débattue, entre les deux familles appelées à la succession, la légitimité du mariage. L'article 187 se réfère à ce cas.

Les mots « du vivant des deux époux » paraissent subordonner l'exercice de l'action des collatéraux au décès de l'un

Digitized by Google

et de l'autre des deux époux, de telle sorte que malgré l'ouverture de la succession de l'un, tant que l'autre vivrait, l'action ne pourrait pas être intentée. Mais telle n'a pas été l'intention du législateur. Il faut chercher sa pensée dans les mots « né et actuel » qui terminent l'article et en résument la substance, et non dans ceux « du vivant des deux époux » qui n'y ont été introduits que dans un autre but, ainsi que nous l'observerons plus loin. Nous en trouvons la preuve dans les travaux préparatoires du Code. L'article 10 du chapitre 3 de la section II du titre du mariage qui est devenu notre article 187 portait : « Les héritiers directs et collatéraux ne sont pas recevables à attaquer de nullité le mariage pendant la vie des conjoints dont ils sont parents, et ils ne le peuvent, au décès, que lorsqu'ils y ont un intérêt civil et personnel ». La rédaction a changé, dit Locré, mais le système est resté le même (Locré, *Esprit du Code civil*, t. III, p. 274). Il n'y avait d'ailleurs aucun motif pour ajourner les collatéraux jusqu'au décès du dernier vivant des époux. D'une part, l'intérêt des collatéraux est né et devient actuel dès le décès du prémourant; d'autre part, la présence du survivant n'est pas inutile; il pourra, soit comme défendeur, soit comme intervenant au procès, y soutenir, mieux que personne, la légitimité du mariage (Dalloz, *ibid.*, n° 516; Aubry et Rau, t. IV, p. 55).

Le droit des collatéraux étant fondé sur un intérêt exclusivement pécuniaire et susceptible de transaction peut naturellement s'éteindre par toute espèce de renonciation et se perdre par la prescription.

Les collatéraux peuvent aussi avoir intérêt à intenter leur action du vivant des époux. Tel serait le cas où l'un des bigames renoncerait à une succession qui s'est ouverte à son profit, ou serait écarté de cette succession pour cause d'indignité, et où l'hérédité serait ainsi dévolue à ses enfants. Les collatéraux qui seraient appelés, à défaut de ces enfants, auraient évidemment, dès le jour de la vocation de ces derniers, un intérêt pécuniaire né et actuel à faire annuler le mariage du bigame, pour en déduire l'incapacité de succéder de ses enfants. Nous pensons qu'il serait admis à le faire valoir dès l'instant de sa naissance. L'article 187 ne prévoit, il est vrai, que le cas où l'intérêt des collatéraux s'ouvre par le décès

Digitized by Google

des époux. Mais remarquons que c'est le cas le plus fréquent, qu'il a dû se présenter, par là même, avant tout autre, à l'esprit du législateur, que notre article a, de la sorte, statué : *de eo quod plerumque fit*, et qu'il est plutôt énonciatif que restrictif. Pour que l'intérêt des collatéraux soit pris en considération, il faut et il suffit qu'il soit né et actuel. Ces mots terminent l'article 187 et ils en résument toute l'économie. Comme c'est à un droit héréditaire que l'article se réfère, *exempli gratia*, on y a introduit les mots « du vivant des deux époux », un droit de cette nature ne pouvant en effet être exercé du vivant de ceux qui y donnent lieu (Aubry et Rau, t. IV, p. 55; Demolombe, t. III, n°s 306, 307; Marcadé, t. I, art. 187; Laurent, t. II, n° 492; Dalloz, *ibid.*, n° 515; *contrà* : Duranton, t. II, n° 327).

d) **Les enfants issus d'un autre mariage.**

Toutes les règles que nous venons d'exposer concernant l'action en nullité des collatéraux, s'appliquent à celle qui compète aux enfants nés d'un autre mariage. Ces enfants sont, comme les ascendants et les collatéraux, compris dans la dénomination générale de l'article 184 de « tous ceux qui y ont intérêt », et formellement placés par l'article 187 sur la même ligne que les collatéraux.

Mais on s'est demandé si, dans le cas où ces enfants auraient un intérêt né et actuel à intenter leur action en nullité, du vivant de leurs père ou mère, l'article 371 du Code civil ne les en empêcherait pas. Ainsi, un père a eu trois enfants de son premier lit. Avant la dissolution de ce mariage, il convole à de secondes noces et a deux autres enfants. L'un des trois premiers décède du vivant des nouveaux époux. Si les enfants issus du second lit sont légitimes, ils ont droit à la moitié de la part héréditaire qui revient aux frères et sœurs dans la succession du défunt. Si, au contraire, ils sont adultérins, cette part appartient tout entière aux deux enfants restant du premier lit. Ces derniers ont évidemment un grand intérêt à contester, dès l'ouverture de la succession, du vivant même de leur père, la qualité de leurs prétendus cohéritiers et par conséquent la légitimité du second mariage. Le pourront-ils? L'article 187 leur en donne le droit. Pour admettre une fin de non-recevoir contre leur action, il fau-

Digitized by Google

drait que quelque autre texte contînt une exception, et il n'y en a pas. On a invoqué l'article 371, aux termes duquel « l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère ». « Les enfants, dit Proudhon, ne manqueraient-ils pas à ce devoir, s'ils intentaient contre leur père une action qui le couvrirait de honte et d'infamie, en cas de bigamie ou d'inceste? » (*Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 440.) « Ne serait-ce pas, dit à son tour M. Demolombe, un déplorable spectacle que celui d'un fils demandant la nullité du mariage de son père, contre celui-ci et contre lui-même? » (t. III, n° 307). Mais c'est à tort, selon nous. Cet article contient un précepte de morale, plutôt qu'une disposition législative. Il faut donc l'appliquer, avec une extrême réserve, dans tous les cas où la loi n'en a pas elle-même déduit une conséquence pratique. Or l'article 187, loin de contenir aucune règle qui puisse être considérée comme une consécration du principe de l'article 371, autorise, au contraire, l'acte qui, dans l'opinion de nos adversaires, constituerait une violation de cet article. On se récrie sur l'immoralité de ce fils qui sollicite lui-même la condamnation de son père. Mais aucune loi ne défend à l'enfant de poursuivre ses droits contre ses parents. Et puis ce père, qui a trahi tous ses devoirs envers la mère du demandeur, ose-t-il bien rappeler à celui-ci ses obligations?

Autrefois la question de savoir si l'enfant est recevable à intenter contre ses père et mère une action qui peut paraître irrévérencieuse, était très controversée. D'après beaucoup de Parlements, et notamment celui de Grenoble, la veuve qui commettait des actes de débauche pendant l'an de deuil, était déchue des avantages lui résultant de son contrat de mariage. On se demandait si les enfants étaient habiles à établir « l'impudicité » de leur mère, à l'effet de lui appliquer la déchéance dont il s'agit, ou s'ils ne devaient pas être déboutés de leur offre de preuve, pour cause d'indignité. La plupart des Parlements accueillaient l'action des enfants. (Parlement d'Aix, 3 février 1674; Parlement de Paris, 23 mai 1704.) Quelques-uns la rejetaient. Encore était-ce en raison de l'insuffisance des faits allégués, plutôt que pour cause d'indignité. (Parlement de Bordeaux, 10 juillet 1702.) (Dupin, *Traité des peines des secondes noces*, p. 23, n° 16.)

Digitized by Google

M. Demolombe cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de Montpellier du 2 mars 1832. Un sieur Griffaulières contestait la légitimité de ses frères et sœurs, en se fondant sur la nullité du mariage de leur père défunt, dans le but de faire attribuer, conformément à l'article 757 du Code civil, une moitié de la succession à une sœur du défunt, dont il avait acquis les droits héréditaires. Il résultait de cette action que le demandeur, en contestant la légitimité de ses frères et sœurs, contestait également la sienne, et, qu'en attaquant le mariage du père commun, il devenait, à son tour, le fruit d'un concubinage. La Cour rejeta les conclusions de Griffaulières, par les motifs qu'il avait lui-même reconnu la légitimité de ses frères et sœurs, que ceux-ci avaient une possession conforme à leur acte de naissance, que nul n'est recevable à réclamer sa propre dégradation, et que l'action constitue une violation de l'article 371. Comme on le voit, Griffaulières a été repoussé par toute une série de fins de non-recevoir, dont celle tirée de l'article 371 était loin d'être la principale. Cet arrêt ne fournit donc aucune preuve bien décisive contre la solution que nous proposons, et il est permis de croire que la Cour eût statué autrement, si cet article avait été seul en cause, et si l'action du fils, irrévérencieuse pour le père, n'avait pas été encore plus déshonorante pour lui-même.

Nous en disons autant de l'arrêt de la Cour de Paris, du 6 juillet 1812, pareillement invoqué par M. Demolombe. (Marcadé, t. I, art. 787; Laurent, t. II, n° 493; *Contrà* : Demolombe, t. III, n° 307; Proudhon; *loc. cit.*; Dalloz *ibid.*, n° 515. Voir Sirey, 1832, 2, 610; 1813, 2, 41).

La règle, d'après laquelle les parents collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage ne sont admis à intenter l'action en nullité édictée dans l'article 184, qu'autant qu'ils y ont un intérêt pécuniaire né et actuel et non pas seulement moral ou d'affection, doit, toutefois, être limitée au cas prévu par la loi. Ce cas est celui où un mariage a été contracté au mépris des dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162, 163 du Code civil. Si par conséquent l'existence même de ce mariage était douteuse, les collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage seraient habiles à l'attaquer, en se fondant sur un intérêt exclusivement moral. « Attaquer un mariage prouvé légalement, dit Merlin, c'est porter le trouble dans la Société.

Digitized by Google

Nier qu'un mariage, dont on ne représente pas l'acte, ait été célébré, c'est user d'un droit qui appartient naturellement à toute partie contre laquelle est allégué un fait dont la preuve n'est pas produite, etc. ». Un sieur Tristan Ruffi se disant le fils du sieur Ruffi de Pontvès, seigneur de Gévaudan, prétendait être autorisé à porter le nom de Pontvès. Un parent collatéral du sieur Ruffi de Pontvès nia l'existence du mariage en question, et contesta le droit réclamé par le sieur Tristan Ruffi. Ce dernier opposa au collatéral une fin de non-recevoir tirée de l'article 187, et fondée sur ce que les collatéraux ne sont admis à demander la nullité d'un mariage que pour un intérêt pécuniaire. Le nom de Pontvès était l'unique objet du débat, Tristan Ruffi ayant renoncé à la succession de son père, dans le but précisément de désarmer son adversaire. Mais la Cour d'Aix rejeta cette exception, par arrêt du 18 avril 1817, en considérant « que la nécessité de l'intérêt actuel n'était exigée, de la part des collatéraux, que pour le cas d'une demande en nullité d'un mariage dont l'existence était reconnue, et non pas au cas où, comme dans la cause, l'existence même du mariage était le sujet de la contestation » et l'arrêt fut confirmé, le 22 juin 1819, par la Cour de cassation. (Merlin, *Répert* : v° LÉGITIMITÉ, sect. 1, § 3, quest. 14; Sirey, *Collect. nouv.*, 6, 1, 86).

e) **Les créanciers.**

Dans le droit canonique, tout tiers qui n'avait pas eu connaissance d'un empêchement à mariage, avant la célébration du mariage, ou qui n'agissait pas dans un but honteux, était admis à attaquer le mariage (Can. 5, 6 : *Qui matrim. occus. poss.* L. 4 t. XVIII).

Suivant Daguesseau, la nullité absolue du mariage est « une arme commune à tout le monde. »

Le législateur de 1803 a partagé ce sentiment. Il accorde aux créanciers, aussi bien qu'aux membres de la famille, l'action en nullité.

Un débiteur consent une hypothèque sur un de ses immeubles à son créancier. Lors de l'expropriation, la femme du débiteur intervient, et revendique un droit d'hypothèque légale sur l'immeuble.

Digitized by Google

Une femme vend un immeuble à un tiers. Quand celui-ci veut se mettre en possession, elle excipe de la nullité de la vente, sous le prétexte qu'elle est mariée, et qu'elle ne pouvait pas aliéner sans l'autorisation de son mari.

Ce créancier et cet acquéreur ont le plus grand intérêt à contester à cette femme sa qualité de femme mariée, et à faire prononcer la nullité de son mariage, puisque le sort de leurs actes dépend de celui du mariage en question.

A notre avis, lorsque le mariage est argué de bigamie, on ne saurait refuser aux créanciers le droit de l'attaquer. L'article 184 accorde l'action en nullité à « tous ceux qui y ont un intérêt, » sans distinguer entre l'intérêt moral et l'intérêt pécuniaire. Les créanciers, qui ne peuvent invoquer que ce dernier, jouissent par conséquent de l'action, aussi bien que les ascendants qui pourraient se prévaloir des deux. L'article 191, qui traite spécialement du mariage clandestin, confère également le droit d'agir aux simples intéressés pécuniaires. Si l'article 184 avait laissé subsister quelques doutes, cette dernière disposition les dissiperait complètement, car, en ajoutant aux mots « tous ceux qui y ont un intérêt. » Ceux de « né et actuel, » elle indique clairement qu'il ne s'agit là que d'un intérêt d'argent.

Mais, objecte-t-on, l'article 187 précise le sens que la loi a voulu attacher, dans l'article 184, à l'expression générale de « tous ceux qui y ont un intérêt ». Or il ne comprend, dans la classe des intéressés pécuniaires que les collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage, d'où il faut conclure que la famille seule, à l'exclusion des créanciers, est autorisée à se pourvoir contre le mariage.

Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour suprême du 12 novembre 1839, confirmatif d'un arrêt de la Cour de Douai du 29 août 1838. Dans l'espèce, une dame Delahaye avait fait divers legs à son mari et à d'autres personnes, notamment à un sieur Crépin. Lorsque les légataires demandèrent la délivrance de leurs legs, les héritiers du sang s'y refusèrent, sous le prétexte que le testament était nul, à raison de l'affinité qui existait entre le sieur Crépin et le sieur Poulain, l'un des témoins du testament (art. 975 C. civ.). Devant cette exception, les légataires arguèrent de nullité le mariage du sieur Crépin, d'où résultait l'affinité de ce der-

Digitized by Google

nier avec le témoin, afin de faire disparaître, à l'aide de cette nullité, le vice qui infectait le testament. Crépin s'était marié pendant les Cent Jours, quoiqu'il fût entré dans les ordres sacrés en 1791, son mariage était donc frappé d'une nullité absolue. Les héritiers répliquèrent que les légataires étaient des tiers par rapport à Crépin et qu'ils n'avaient, dès lors, pas le droit d'attaquer son mariage. La Cour de Douai débouta les légataires de leur action en nullité, par le motif que les nullités de mariage ne peuvent être invoquées que par la famille et le ministère public, et qu'il ne convient pas qu'au nom d'un intérêt d'argent, on porte le trouble dans les familles et qu'on lèse des droits acquis; sur le pourvoi, la Cour de cassation jugea que l'arrêt avait fait une juste application des principes tracés par le chapitre 3 du titre du mariage. (Sirey, 1839, 1, 826.) Mais ces décisions qui se sont bornées à affirmer, au lieu de prouver, n'ont jeté aucune lumière sur le débat, et elles nous renvoient purement et simplement à l'article 187.

Cet article a eu, selon nous, bien moins pour but de limiter aux deux classes d'intéressés qu'il désigne l'application de l'article 184, que de déterminer exactement les droits de ces deux classes. On aurait pu croire que les collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage étaient, à raison de leur parenté, fondés à attaquer le mariage pour un intérêt moral ou un intérêt pécuniaire éventuel. La généralité des termes « tous ceux qui y ont intérêt », dans l'article 184, eût, en l'absence de l'article 187, autorisé une pareille interprétation. C'est pour la prévenir, et exprimer plus clairement sa pensée que le législateur a, du même coup, rangé ces ayant-droit parmi les intéressés pécuniaires et défini les conditions de l'intérêt pécuniaire qui doit être né et actuel. L'article 187 doit donc être entendu comme s'il était rédigé ainsi : « Les collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage ne pourront jamais intenter l'action en nullité qu'en vertu d'un intérêt pécuniaire. L'intérêt pécuniaire n'est pris en considération que s'il est né et actuel. » Quant au trouble que l'action des créanciers peut jeter dans la famille du bigame et dont la Cour de Douai s'est prévalu pour les déclarer inhabiles à agir, nous croyons que la loi doit, en effet, mettre le mariage à l'abri des attaques qui seraient follement, et pour le plus

Digitized by Google

minime intérêt d'argent, dirigées contre eux. Mais entre un créancier qui poursuit l'exécution d'une obligation librement consentie et des époux qui cherchent à éluder leurs engagements, qu'est ce qui est plus légitime, l'intérêt pécuniaire du créancier ou l'union bigamique du débiteur?

L'intérêt qui autorise les créanciers à agir doit être né et actuel. La naissance et l'ouverture du droit sont les conditions auxquelles la loi a subordonné la recevabilité de l'intérêt pécuniaire. L'article 187 le dit positivement de l'intérêt exigé des collatéraux et des enfants issus d'un autre mariage. L'article 191 le répète à propos de l'intérêt des tiers dans le cas d'un mariage clandestin. Si les collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage ont besoin d'un intérêt né et actuel pour agir, à plus forte raison les tiers doivent-ils en justifier.

C'est en leur nom personnel, et non pas seulement comme exerçant les droits de leur débiteur, que les créanciers intentent l'action en nullité. Appelés directement au partage de cette action, sous le nom de « tous ceux qui y ont intérêt », par les articles 184 et 191, ils ne sauraient être tenus de se faire judiciairement subroger dans les droits de leur débiteur et d'agir au nom d'autrui, avec les risques attachés à ces sortes d'actions.

Un arrêt de la Cour suprême du 23 août 1826, confirmatif d'un arrêt de la Cour de Colmar du 15 janvier 1823, a consacré ces principes. Il a statué que lorsque, sous prétexte ou dans la persuasion de la nullité d'un premier mariage, des époux en contractent un second, les conventions qu'ils font à l'occasion de ce second mariage, en tant qu'elles changent leurs précédentes conventions matrimoniales, peuvent être attaquées par des tiers dont les titres de créances seraient même postérieurs aux nouvelles conventions des époux, et que, dans le cas où la femme se prévaudrait du second mariage, ils ont qualité pour soutenir la nullité de ce mariage et la validité du premier. (Sirey, *Collect. nouv.*, 8, 1, 419.)

Un arrêt de la Cour de Metz du 7 février 1854 est plus explicite encore. Antoine Berthélemy et Marie Barbe Viette s'étaient mariés en 1821, quoiqu'ils fussent beau-frère et belle-sœur. Au décès du mari, un ordre ayant été ouvert sur ses immeubles, la femme demanda à être colloquée au rang de son hypothèque légale. Les créanciers, pour écarter cette

Digitized by Google

hypothèque qui les primait, excipèrent de la nullité du mariage des époux Berthélemy. La Cour jugea, conformément aux conclusions des créanciers, par les motifs suivants : « Attendu que la qualité de créanciers d'Antoine Berthélemy « n'est pas contestée aux appelants ; qu'ils ont donc un in- « térêt né et actuel à faire tomber le titre qui a donné nais- « sance à l'hypothèque légale invoquée par les intéressés, « pour les primer dans l'ordre ; Attendu, en droit, que l'ar- « ticle 184 range, au nombre des personnes qui peuvent « attaquer le mariage contracté en contravention de l'ar- « ticle 162, « tous ceux qui y ont intérêt ». D'où il suit que « l'action en nullité est recevable, etc. » (Sirey, 1854, 2, 650 ; Duranton, t. X, n° 562 ; Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, n° 2345 ; Marcadé, t. I, art. 184 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 54, t. III, p. 82 ; Demolombe, t. III, n° 305 ; Laurent, t. II, n° 494).

L'article 104 du Code civil italien proclame également que le mariage peut être attaqué « da tutti coloro che vi abbiano un interesse legitimo ed attuale. »

La législation autrichienne admet aussi les tiers à attaquer tout mariage qui est entaché d'une nullité absolue, à la seule condition qu'ils y aient un intérêt légitime (Rittner, *Droit matrimonial Autrichien*, p. 256).

4° *Par le ministère public.*

La bigamie constituant un outrage à la morale publique, et l'un des plus graves, il était juste que le ministère public, qui a la mission de veiller au respect de l'ordre social, eût le pouvoir d'attaquer, par voie d'action principale, le mariage entaché de ce vice. Aussi est-il formellement compris, par l'article 184, parmi les personnes auxquelles compète l'action en nullité.

Comme le ministère public est chargé, avant tout, de faire cesser un scandale, il doit agir du vivant des époux. L'article 190 le porte en toutes lettres : « le procureur de la République, etc. : peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux. » La loi l'assimile, à cet égard, et avec raison, au conjoint délaissé et aux ascendants des bigames. Il défend également un intérêt moral,

Digitized by Google

celui de la société, et cet intérêt prend naissance en même temps que le mariage.

Non seulement le ministère public doit agir du vivant des époux, mais il ne le pourrait plus, après le décès de l'un d'eux. La lettre de l'article 190 le veut ainsi. Après avoir dit que le procureur de la République « peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux » l'article ajoute « et les faire condamner à se séparer ». Ces derniers mots supposent, de toute nécessité, que la demande en nullité a été introduite avant le décès de l'un des époux, car on ne sépare que ce qui est uni, et, après la mort, il n'y a plus d'union. L'esprit de l'article l'exige tout autant. Lorsque le bigame ou son conjoint sont décédés, le mariage, qui blessait l'honnêteté publique, est dissous, et la société n'a plus à s'en inquiéter. Le ministère public, qui représente l'intérêt de la société, doit donc désarmer, et s'en remettre aux autres intéressés pour toutes poursuites ultérieures. C'est d'ailleurs une règle générale que, lorsqu'une action en nullité n'est accordée qu'en faveur des mœurs et de l'ordre public, elle doit être exercée, pendant la durée du mariage. Elle est éteinte et prohibée après la dissolution du mariage, puisqu'elle devient alors sans objet (Locré, t. III, p. 388, 391; Fouillier, t. I, n° 628; Aubry et Rau, t. IV, p. 55; Marcadé, t. I, art. 190; Demolombe, t. III, n° 309; Dalloz, *ibid.*, n° 519).

L'article 114 du Code civil italien dit expressément que l'action dont il s'agit ne peut plus être exercée par le ministère public, après la mort de l'un des conjoints « l'azione di nullita non puo essere promossa dal pubblico ministero dopo la morte di uno dei conjugi ».

Il en est de même dans le droit civil autrichien. (Décret impérial 27 juin 1837). Ce décret autorise toutefois le ministère public à intervenir encore après la dissolution du second mariage, dans deux cas : 1° lorsque le juge criminel est saisi du délit de bigamie et que la validité du premier mariage doit être jugée préalablement; 2° lorsque l'autorité administrative, afin, de liquider, par exemple, une pension de veuve, le requiert de vérifier la validité du second mariage (Rittner, p. 256).

Même du vivant des époux, le ministère public deviendrait non recevable, si le conjoint, au préjudice duquel a été con-

Digitized by Google

tracté le second mariage, était décédé. Il n'y a plus alors ni adultère, ni bigamie, ni scandale. Rien ne s'oppose désormais au mariage des seconds époux. Dans ces conditions, on ne comprendrait pas que le ministère public conservât son action, qui n'aurait plus aucun objet. De quel droit les ferait-il maintenant condamner à se séparer? Car il ne saurait se borner à demander la nullité du mariage, la loi lui ayant imposé le double devoir de conclure à la fois à la nullité du mariage et à la séparation des conjoints. L'impossibilité d'exécuter la seconde partie de sa mission ne prouve-t-elle pas que l'article n'est pas fait pour le cas qui nous occupe? (Duranton, t. II, n° 420; Aubry et Rau, *ibid.*; Demolombe, t. III, n° 310; Dalloz, *ibid.*, n° 520; *Sic.*, *Droit civil autrichien*, § 94; Rittner, p. 254, note 7).

M. Laurent est le seul auteur, à notre connaissance, qui soit d'un avis contraire. Il concède que le ministère public commettrait une énormité, en agissant, et il l'engage lui-même à s'abstenir. Mais il prétend que lui enlever le droit de poursuivre, ce serait créer une fin de non-recevoir en dehors de la loi, et que le ministère public doit rester juge de l'opportunité de son action. Nous croyons qu'il se trompe. L'action du ministère public tendant essentiellement à la réparation d'un désordre, et aucun désordre n'existant plus, elle s'éteint, faute d'objet, plutôt que par l'effet d'une fin de non-recevoir. Il faut donc admettre que ce n'est qu'autant que les deux mariages subsistent simultanément que le ministère public a le droit de demander la nullité du second, et que c'est à cette hypothèse seule que se réfère l'article 190 (Laurent, t. I, n° 496).

Les termes « peut et doit », dont se sert l'article 190, ont donné lieu à une difficulté plus sérieuse. Beaucoup d'auteurs en concluent que l'action du ministère public n'est jamais que facultative. Un plus grand nombre au contraire y trouve la preuve qu'elle est toujours obligatoire. L'ambiguité des expressions employées par la loi et l'intérêt bien entendu de la société nous décide à embrasser la première opinion. Nous pensons donc que, quelque bigamique que soit un mariage, le ministère public est toujours libre d'apprécier l'opportunité de ses poursuites, et, suivant le parti auquel il se sera arrêté, d'intenter où de retenir son action. En effet, chacune

Digitized by Google

des deux doctrines peut se flatter d'avoir le texte de la loi pour elle, l'une invoque le « peut », l'autre le « doit », et toutes deux, à juger d'après les apparences, ont raison. Si le législateur, disent ceux-ci, avait voulu imposer au ministère public l'obligation rigoureuse d'agir, dans tous les cas, pourquoi aurait-il atténué cette obligation par le terme « peut » qui suppose au contraire que le ministère public conserve toute son indépendance? Si le législateur, répondent ceux-là, avait eu l'intention de donner au ministère public une alternative, et de lui permettre d'agir, ou de s'abstenir à son gré, pourquoi aurait-il modifié cette faculté par l'adjonction du mot « doit », qui implique l'idée opposée, celle d'une obligation? Les premiers ajoutent que les expressions « peut et doit » s'expliquent par les articles 187 et 188, et qu'ils signifient que le ministère public « peut » agir du vivant des époux, comme le conjoint délaissé et les ascendants, car il agit au nom d'un intérêt moral, et qu'il « doit » aussi agir, de leur vivant, puisque son action a pour objet de mettre fin à un scandale. A quoi les seconds répliquent que les termes « peut et doit » se rapportent plutôt à l'article 191, et qu'il suit clairement du mot « peut » introduit tout seul dans ce dernier article et des mots « peut et doit » employés cumulativement dans l'article 190, que l'action du ministère public, qui constitue une simple faculté dans l'article 191, est érigée en une obligation dans l'article 190. Au milieu de tant d'interprétations diverses, les unes aussi plausibles que les autres, et devant l'impossibilité bien constatée de saisir la véritable pensée du législateur, le parti le plus sage est évidemment de s'en tenir au droit commun, et de reconnaître au ministère public toute latitude pour lancer ou retenir son action, d'autant plus qu'il ne s'agit ici que de ses fonctions civiles. Si, d'ailleurs, la société est intéressée à arrêter un désordre qui, par son retentissement ou son effronterie, cause la plus criante atteinte à l'ordre public, elle l'est moins à troubler une union qui s'est formée et continuée dans le secret. Ce mariage est sans doute encore un concubinage, mais le public qui l'ignore n'en est pas offensé, la famille, qui se tait, témoigne suffisamment du prix qu'elle attache au silence, et, pour un criminel qui mériterait d'être frappé, combien d'innocents seraient plongés dans le malheur! En

Digitized by Google

dévoilant et en attaquant un pareil mariage, le ministère public ne provoquerait-il pas le scandale, bien loin de le réprimer? L'intérêt social exige donc que le ministère public ait le droit de peser toutes les considérations, qui militent pour ou contre son action, et de s'abstenir, toutes les fois qu'il estime que le silence profitera, plus que le bruit, aux bonnes mœurs. Pothier était déjà de cet avis, ainsi que le prouvent ces recommandations à la partie publique. « Les officiers, qui sont chargés du ministère public, tels que sont les procureurs du roi, dans les sièges royaux, et les procureurs fiscaux, dans les justices des seigneurs, ne doivent pas faire de recherche de quelque nullité ignorée du public qui pourrait se rencontrer dans un mariage, pour attaquer ce mariage dont personne ne se plaint. (Pothier, du *Contrat de mariage*, n° 451). » Portalis, dont l'autorité a été si grande dans cette matière, pensait de même : « Le ministère public, dit-il, peut s'élever, d'office, contre un mariage infecté de quelqu'une des nullités qui appartiennent au droit public, l'objet de ce magistrat doit être de faire cesser le scandale d'un tel mariage, et de faire prononcer la séparation des époux. Mais gardons-nous de donner à cette censure confiée au ministère public, dans l'intérêt des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive, et qui la ferait dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant, ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même. » (Laurent, t. II, p. 627; Aubry et Rau, t. IV, p. 55; Demolombe, t. III, n° 311; Laurent, *ibid.; contrà,* Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 561; Toullier, t. I, n° 628; Demante, t. I, n° 272; Dalloz, *ibid.*, n° 518.)

Il est évident, au surplus, que si le ministère public n'agissait pas, par voie d'action principale, il serait toujours mêlé, comme partie jointe, à la poursuite en nullité qui aurait été dirigée par un autre intéressé (art. 83, proc. civ.).

Digitized by Google

Contre qui l'action en nullité doit-elle être dirigée?

La demande en nullité doit être dirigée contre ceux qui ont intérêt à y défendre, c'est-à-dire contre les seconds époux, le survivant d'eux, si l'un est précédé, leurs enfants, leurs héritiers ou ayant-droit.

En général, le demandeur en nullité n'est pas obligé d'actionner toutes les parties intéressées à soutenir le mariage. Si, par exemple, c'est l'époux délaissé qui a entamé la poursuite, il n'est pas tenu d'assigner tout à la fois le bigame, son conjoint, et leurs enfants, quoique ces derniers aient le plus grand intérêt à s'opposer à la demande. Aucune loi ne lui impose cette obligation, et il est libre de choisir son adversaire. L'époux délaissé pourra donc ne s'attaquer qu'au bigame. Mais si c'est là le droit du demandeur, il fera bien de n'en user qu'avec une extrême circonspection. Les parties omises dans la poursuite et intéressées à la combattre seraient fondées, en effet, à se pourvoir, par la tierce opposition, contre le jugement qui aurait prononcé la nullité du mariage, et le nouveau débat pourrait amener un jugement contraire.

Par exception, quand le ministère public intente l'action, il doit assigner tout à la fois les seconds époux et les enfants issus du scond mariage, et non pas seulement le bigame. Cette nécessité de comprendre dans sa poursuite tous les membres de la seconde famille résulte de l'article 190 et de l'obligation où se trouve le ministère public de requérir que les seconds époux soient condamnés à se séparer. L'article dit « les fera condamner, » ce qui s'entend du bigame et de son nouveau conjoint. Pour que celui-ci soit condamné, il faut évidemment qu'il ait été mis en cause, à l'effet de se défendre. Quant aux enfants, ils sont tellement intéressés au maintien du second mariage, et à la non-séparation de leurs père et mère, que l'on ne comprendrait pas qu'ils ne fussent pas également cités à faire valoir tous leurs moyens en faveur de ce mariage. Cette exception a été consacrée par un arrêt de la chambre criminelle du 30 mai 1846, dont les motifs, concernant notre question, sont ainsi conçus : « Attendu que « si, aux termes des articles 184 et 190, le ministère public « peut et doit demander la nullité des mariages contractés

Digitized by Google

« en contravention aux articles énumérés dans l'article 184, « et notamment à l'article qui défend de contracter un se- « cond mariage avant la dissolution du premier, cette action « ne peut être exercée par lui qu'en présence des deux époux « dont il doit requérir la séparation, en exécution de l'ar- « ticle 190; que, dans le cas où il existerait des enfants du « mariage dont la nullité est demandée, ils doivent également « être appelés dans l'instance, pour la conservation des inté- « rêts que peut produire à leur égard le mariage annulé; « Attendu que, dans l'espèce, les réquisitions du ministère « public ont été faites hors de la présence de la femme avec « laquelle le demandeur avait contracté le second mariage « et sans qu'elle ait pu être appelée dans la cause, d'où il « suit que le ministère pubic était non recevable dans les « conclusions par lui prises en nullité de ce second ma- « riage etc. » (Sirey, 1846, 1, 717). La nullité était demandée ici devant une cour d'assises, dans une poursuite pour cause de bigamie, mais les mêmes principes seraient applicables devant le tribunal civil. *Ubi eadem est ratio judicandi, ibi idem discrimen.*

Si le demandeur avait restreint son action à l'une des parties seulement qui ont intérêt à la repousser, le tribunal aurait, de toute façon, le droit d'ordonner la mise en cause de celles qui ont été omises, et il devrait l'exercer, afin de prévenir une contrariété de jugements.

Ces dernières seraient pareillement autorisées à intervenir, de leur chef, dans le débat.

Quel est le tribunal compétent pour connaître de l'action ?

Si la nullité d'un mariage entaché de bigamie est demandée par voie d'action principale, il ne peut y avoir de difficulté, le tribunal civil seul à le droit d'en connaître. L'action tend à des fins civiles, et elle ne saurait être portée que devant les juges civils. (Marcadé, t. I, art. 190).

Mais, que décider, si la nullité est demandée incidemment dans une procédure criminelle? La Cour d'assises serait-elle compétente pour la prononcer? C'est une question controversée. Nous ne l'avons trouvée résolue dans aucun auteur, et l'arrêt du 30 mai 1846, qui la pose, ne la tranche pas non

Digitized by Google

plus. Il nous semble que, malgré la généralité de la règle énoncée ci-dessus, le ministère public serait fondé à demander la nullité du mariage devant la Cour d'assises. La sentence qui prononce cette nullité, sur la réquisition du ministère public, ne fait qu'accorder à la société la réparation à laquelle celle-ci a droit en raison de l'outrage qu'elle a reçu. La Cour d'assises ayant le pouvoir de statuer sur les dommages-intérêts réclamés par les parties civiles, on ne comprendrait pas qu'elle pût les indemniser toutes, à l'exception de la société. A quoi servirait-il d'ailleurs d'ajourner le ministère public devant un tribunal civil ? L'existence du second mariage concurremment avec le premier, d'où dérive la bigamie, est un fait souverainement jugé par le jury. Le tribunal civil, devant lequel le ministère public serait obligé de se présenter, ne pourrait plus la mettre en question, son rôle se bornerait à prononcer une nullité qui serait une conséquence obligée de la condamnation criminelle, et qu'il ne serait jamais maître de ne pas proclamer. Le renvoi du ministère public n'aurait par conséquent d'autre résultat que d'entraîner des retards et d'occasionner de plus grands frais.

Toutefois, et comme nous l'avons déjà dit, la demande du ministère public ne serait recevable qu'autant que le second conjoint du bigame et les enfants issus du nouveau mariage seraient en cause. Le ministère public ne doit pas, en effet, simplement demander la nullité du mariage, il est tenu, encore, de requérir que les bigames soient condamnés à se séparer. Or, pour que l'un et l'autre des époux soient condamnés, il est indispensable que tous deux soient liés aux poursuites. Nous pensons même qu'il faudrait que le conjoint eût été de mauvaise foi, et fût condamné comme complice du bigame. S'il n'était prévenu d'aucun délit, nous ne voyons pas en vertu de quel droit il pourrait être traduit devant une juridiction criminelle et condamné en cour d'assises. L'injonction de se séparer, pour être une injonction, n'en constitue pas moins une véritable condamnation, qui, à l'instar de toute autre, s'exécute par toutes les voies de droit.

Il en est autrement des enfants, qui ne sont jamais appelés que pour défendre leurs intérêts, et qui n'ont aucune condamnation personnelle à redouter.

De toute façon la demande du ministère public ne serait

Digitized by Google

accueillie qu'au cas de condamnation, puisque c'est la condamnation seule qui permet à la Cour d'assises d'allouer des dommages-intérêts.

L'époux délaissé, qui s'est porté partie civile, nous paraît devoir jouir également du droit de demander, incidemment, devant la Cour d'assises, la nullité du mariage bigamique. Mais sa demande, comme celle du ministère public, ne sera accueillie qu'en présence du second conjoint du bigame, et des enfants du nouveau mariage.

Nous en disons autant du second époux de bonne foi du bigame constitué partie civile. Pour être recevable, il devra mettre en cause les enfants qu'il a procréés avec le bigame.

Quant aux autres personnes que la loi autorise encore à se pourvoir contre le mariage entaché de bigamie, tels que les ascendants, le conseil de famille, les collatéraux, inhabiles à se porter parties civiles dans la poursuite criminelle, et étrangers par conséquent au procès agité devant la Cour d'assises, elles ne peuvent intenter leur action que devant les tribunaux ordinaires.

Quelle preuve le demandeur doit-il fournir à l'appui de son action?

La partie qui poursuit l'annulation d'un mariage entaché de bigamie est tenue de prouver que ce mariage a existé en même temps que le premier, c'est le fondement de sa demande. Et comme il ne s'agit pas ici d'une convention ordinaire, mais d'un contrat pour lequel la loi a édicté des règles spéciales, la preuve, que le poursuivant doit rapporter, sera celle prescrite par les articles 149, etc. du Code civil, et non celle qui résulterait du droit commun. Ce n'est donc qu'à l'aide de l'acte de célébration que le demandeur pourra établir le mariage, à moins qu'il ne se trouve dans l'une des exceptions prévues par les dispositions précitées, auquel cas il aurait le droit de proposer toute espèce de preuve, conformément aux principes généraux qui régissent cette matière.

Dans quel délais doit être intentée l'action?

La prescription de trente ans ne peut pas être invoquée ici. L'article 184, qui édicte l'action en nullité, ne fixe aucun délai dans lequel elle doive, à peine de déchéance, être intentée.

Digitized by Google

Il faut naturellement conclure de ce silence qu'à raison de son caractère particulier, le législateur a voulu qu'elle ne s'éteignît pas.

Objectera-t-on la règle générale de l'article 2262 du Code civil, d'après laquelle toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans? Ce serait bien à tort. La loi a déclaré toutes les actions éteintes après trente ans, afin de mettre un terme aux procès. Or, quand un mariage est nul pour cause de bigamie, le vice originel qui l'infecte subsistant toujours et ne cessant pas de porter la plus grave atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la loi n'a aucune raison pour tolérer ce mariage à un moment quelconque de son existence, ni pour mettre un terme à l'action résultant de sa nullité. L'intérêt général, qui demande que toutes les actions se prescrivent, exige au contraire, dans ce cas, que l'action en nullité ne se prescrive pas.

La prescription du crime de bigamie serait tout aussi inopérante. L'action publique et l'action civile résultant d'un crime s'éteignent après dix ans aux termes des articles 637 et 2 du Code d'instruction criminelle. Mais l'action en nullité du mariage diffère essentiellement de l'action civile. Cette dernière est engendrée par le crime, et elle tend à la réparation pécuniaire du dommage qu'il a occasionné. Au contraire, l'action en nullité naît de la violation de l'empêchement de mariage édicté dans l'article 147. Le crime en est si peu la cause que si, à l'instar de l'inceste, la bigamie ne constituait pas un crime, elle n'en existerait pas moins. Elle vise à l'anéantissement du fait criminel du second mariage et à son remplacement par le premier mariage, et nullement à l'obtention d'une indemnité. L'article 187, qui ajourne au décès des époux bigames l'exercice de l'action en nullité des parents collatéraux et des enfants d'une autre union, serait la plupart du temps inapplicable, si l'action en nullité et l'action civile n'en faisaient qu'une, car il arrivera très souvent que le mariage aura déjà existé plus de dix ans lorsque le décès des époux donnera ouverture à l'action en nullité. Si une seconde femme n'apprenait, qu'après dix ans révolus de mariage, l'état de bigamie de son conjoint, elle ne pourrait plus, dans le cas où l'action en nullité se confondrait avec l'action civile, demander l'annulation de son mariage et se-

Digitized by Google

rait obligée de passer le reste de sa vie avec le misérable qui l'a trompée. Cette conséquence suffirait, en l'absence de tout texte, pour établir l'indépendance de l'action en nullité de toute autre action résultant du crime de bigamie (Merlin, *Répert.*, v° MARIAGE, sect. 6, § 2, art. 184, 5e question; Aubry et Rau, t. IV, p. 58; Demolombe, t. III, n° 313; Sirey, 1819, 2, 63).

Des fins de non-recevoir contre l'action en nullité.

Autrefois la nullité du second mariage contracté avant la dissolution du premier était tellement « insanable » qu'elle ne pouvait être purgée par aucun événement postérieur, de quelque nature qu'il fût. Le bigame aurait vainement ratifié son second mariage, cohabité de longues années avec son second conjoint et procréé avec lui de nombreux enfants, le tout même après le décès du premier époux; la nullité, qui infectait ce mariage, n'en subsistait pas moins, en dépit de toute confirmation expresse ou tacite. Le second mariage du bigame constituait un adultère aggravé, et nous avons vu que cette espèce d'adultère a toujours formé un empêchement dirimant de mariage. Le droit canon était formel sur ce point (Pothier, *Du contrat de mariage*, n°s 231, etc.). Il en est de même aujourd'hui. La nullité, qui vicie le second mariage, a été édictée en vue de l'ordre public et non dans l'intérêt privé de ceux à qui elle profiterait. Ces derniers ne sont donc pas admis à y renoncer. Dès lors, ils ne peuvent non plus, ni expressément, ni tacitement, confirmer le mariage, toute confirmation équivalant à une renonciation. Conçoit-on, s'écrie M. Laurent, qu'un mariage incestueux devienne valable par une confirmation quelconque? Confirme-t-on la honte et l'infamie? (Laurent, t. II, n° 434.) Ce que le savant professeur belge dit de l'inceste s'applique évidemment aussi à la bigamie. La nullité du mariage bigamique est donc indélébile.

La possession d'état, qui n'est qu'une confirmation tacite, serait tout aussi inefficace. Elle constitue du reste une fin de non-recevoir d'une nature exceptionnelle. Pour qu'on pût l'invoquer ici, il faudrait qu'un texte l'eût expressément appliquée à la nullité qui nous occupe, et ce texte n'existe

Digitized by Google

pas. L'article 196 est la seule disposition qui traite, au titre du mariage, de la possession d'état, et elle se réfère exclusivement aux nullités de forme qui peuvent entacher soit l'acte instrumentaire destiné à constater le mariage, soit le fait matériel de la célébration du mariage. Les mots « *de cet acte* » dont se sert cet article, et la place qu'il occupe au milieu des autres, où il ne s'agit non plus que de la célébration du mariage, ne laissent pas de doute à ce sujet. La doctrine et la jurisprudence ont varié sur la question de savoir si l'article 196 doit être étendu aux nullités fondées sur la célébration du mariage ou sur l'incompétence de l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration, mais elles ont toujours été unanimes pour reconnaître qu'il ne concerne pas la catégorie de nullités qui nous occupe.

Un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1818, confirmatif d'un arrêt de la Cour de Paris du 11 août 1817, a appliqué ces principes en ce qui concerne la confirmation et la possession d'état. Le 20 fructidor an VIII, le général Kellermann épousa la dame Gnudi, mariée en premières noces avec le marquis Aldovrandi Marescotti et qui venait de divorcer. Après seize années de cohabitation, la dame Gnudi forma contre son second mari une demande en séparation de corps pour excès et sévices. A cette action, le général répondit en excipant de la nullité de son mariage. La dame Gnudi opposa à la défense de son mari différentes fins de non-recevoir, dont deux tirées de la ratification du mariage par une cohabitation de seize ans et de la possession d'état. Mais elle en fut déboutée devant toutes les juridictions (Sirey, *Collect. nouv.*, 5, 1, 437).

Un arrêt de la Cour de Paris du 1er août 1818, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de Versailles du 4 mars 1818, a statué de même, quant à la prescription, à la confirmation et à la possession d'état. Un sieur Martin, marié depuis 1765 avec une demoiselle Bellon qui n'est décédée qu'en 1813, avait, en 1803, épousé en secondes noces une demoiselle Masse. Cette dernière, qui avait consenti différents avantages à son mari dans leur contrat de mariage et qui l'avait, par un testament, institué son légataire universel, était décédée quelques années après son mariage. La dame Mesnard, l'héritière de la défunte, ayant demandé la nullité du mariage

Digitized by Google

de 1803 et de tous les actes de libéralité qui en avaient été les suites, Martin lui opposa la prescription de l'action civile de bigamie, en vertu de l'article 637, la ratification du second mariage par la cohabitation et la possession d'état. Mais il échoua dans toutes ses fins de non-recevoir.

Notre ancienne jurisprudence, qui était si sévère dans tout ce qui touchait au respect dû au mariage, admettait cependant une exception aux principes que nous venons d'exposer. Si le second conjoint du bigame avait ignoré l'état de bigamie de celui-ci, et contracté, de bonne foi, le second mariage pouvait ou être ratifié par le consentement exprès ou tacite des deux époux, après la dissolution du premier mariage, ou être maintenu par la volonté de l'époux de bonne foi contre son conjoint. Ce dernier n'était plus fondé à invoquer la nullité du second mariage contre l'époux à qui il avait caché son état. Son action eût été repoussée par la maxime : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.* C'était l'avis d'Alexandre III : « Propositum est nobis, dit ce pape, « quod vir quidam uxorem habens sibi aliam hujusmodi rei « insciam copulavit; sed, prima mortua, nititur discedere « a secunda... quia non dignum est ut præditus vir qui « scienter contra canones venerat, lucrum de suo dolo re- « portet. Respondemus quod nisi mulier divortium petat, « ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi. » C'était aussi l'avis d'Innocent III. Un habitant de Limoges, après avoir quitté sa femme s'établit à Messine, et y épousa une seconde femme, qui ignorait qu'il fût marié. La première union ayant été découverte, il fut soumis à la pénitence, et renvoyé à Limoges auprès de sa femme légitime. Mais, quand il arriva, cette dernière était décédée, il retourna alors à Messine chez la seconde, sous le prétexte que, se trouvant délié de son premier mariage, il pouvait donner suite au second. Le pape décida qu'il y était en effet autorisé : « Licet, « dit le pape, vivente uxore legitima prædictam M sibi copu- « lare nequiverit in uxorem, quia tamen uxore defuncta ut- « pote a lege ipsius solutus, in eamdem M de novo potuit ma- « trimonialiter consentire, dummodo non præstiterit fidem « adulteræ, vel machinatus fuerit in mortem uxoris; man- « damus quatenus, si est ita, eidem ut supradictæ M affectu « adhæreat conjugali licentiam concedatis.» (Pothier, n° 238.)

Digitized by Google

Cette exception serait-elle encore admissible aujourd'hui? Personne ne l'a jamais pensé. Si le second époux du bigame ignorait l'état de bigamie de son conjoint, lorsqu'il a contracté, sa bonne foi lui assurera, en cas d'annulation du mariage, les effets civils que la loi attache au mariage putatif, mais elle ne servira ni à ratifier un acte que la loi a déclaré nul, par des considérations d'ordre public, ni à combattre l'action en nullité qu'intenterait le coupable. L'article 184, en accordant cette action aux époux eux-mêmes ne distingue pas entre celui qui a agi de bonne foi et celui qui a agi de mauvaise foi. La distinction que nous ferions serait dès lors tout à fait arbitraire. Le second mariage contracté avant la dissolution du premier est par lui-même, et indépendamment de la bonne ou mauvaise foi qui y a présidé, un acte si scandaleux, que le fait du bigame qui vient après coup et sans pudeur, en demander lui-même la rétractation, a paru moins odieux, et devoir exclure l'application de la maxime : *Nemo auditur*, etc.

La dissolution du premier mariage, qui ne modifie pas le caractère du second, exerce au contraire une grande influence sur la qualité des enfants qui naîtraient de ce mariage. Tandis que les enfants nés avant la dissolution du premier mariage sont des enfants adultérins, ceux qui seraient conçus après la dissolution de ce mariage ne seraient que des enfants naturels simples (Duranton, t. II, n° 329; Demolombe, t. III, n° 314).

Il n'y a qu'un moyen de conjurer la perpétuité de cette nullité, c'est de faire procéder à une nouvelle célébration du mariage, après la dissolution du premier.

La Cour de cassation a implicitement consacré ces principes par deux arrêts des 12 prairial an XI, et 14 pluviôse an XIII. Un sieur Spiess, prieur-curé de Saint-Pierre-du-Bois, près Vendôme, déguisé sous le nom de Schönberg, avait épousé, en 1788, devant le curé de Landeron, dans la principauté de Neufchâtel, une demoiselle Verraguin d'Avrilly, originaire de Montoir, puis, après être devenu capable de se marier, en vertu des lois de 1790 et 1791, fait célébrer à nouveau son mariage, le 24 brumaire an II, devant l'officier de l'état civil d'Ampuis. Le 4 pluviôse an VII, la femme étant décédée à Paris, au domicile conjugal, le mari voulut se

Digitized by Google

mettre en possession des biens qu'elle avait délaissés, et qui lui appartenaient suivant leur contrat de mariage. Mais les héritiers de la défunte s'y opposèrent, sous le prétexte que le mariage de Spiess, nul en Suisse, était resté tel après sa réitération en France. La Cour jugea que bien que Spiess eût acquis, postérieurement à son mariage en Suisse, la capacité nécessaire pour se marier, et qu'il eût continué ses relations avec la demoiselle d'Avrilly, à une époque où il aurait pu valablement l'épouser, la nullité de son mariage n'en aurait pas moins été prononcée, s'il n'avait pas eu la précaution de renouveler son mariage en France (Merlin, *Répert.*, v° CONVENT. MATRIM., § 1).

D'après le droit civil prussien, le mariage nul ne peut non plus devenir valable, après la disparition de l'empêchement qui s'opposait à son efficacité, que par une nouvelle célébration faite avec les solennités requises, et conformément aux lois. « Soll, ausser dem falle des § 936, die nichtige Ehe, « nach gehobenem hindernisse zur gilthigkeit gelangen, so « muss sie auf die in den gesetzen Vorgeschriebenen art « noch mals feuerlich vollzogen verden. »

« Si, en dehors du § 936 (bigamie) le mariage nul devient valable, par suite de la disparition de l'empêchement qui s'opposait à sa validité, il doit être célébré à nouveau, solennellement, d'après les règles fixées par les lois. » *Allgemeines Landrecht fur die Preussischen staaten*, 2e theil, t. I, § 946.)

Mais il en est autrement dans certains cas de bigamie. Lorsque, par suite d'une erreur dont on ne saurait répondre, le premier mariage a été tenu pour dissous, alors qu'il subsistait encore, le second n'est pas nul, mais seulement non valable (§ 942). Il suit de là que si l'empêchement, qui faisait obstacle au second mariage, vient à cesser plus tard, par suite de la dissolution du premier, le second mariage est à considérer comme ayant été valable du jour où il a été contracté (§ 943). Et il y a erreur tout à fait excusable quand le décès du premier conjoint, qui n'a pas encore eu lieu, était judiciairement constaté, ou quand le premier mariage était déclaré dissous par un jugement dépourvu de l'une des conditions essentielles à sa validité (§ 944). La règle générale reprend tout son empire, toutes les fois que l'époux, qui a

Digitized by Google

convolé à un second mariage, avant la dissolution du premier, l'a fait sciemment, ou par suite d'une faute lourde. Le second mariage demeure alors nul, à partir du jour où il s'est formé (§ 945).

§ 942. « In dem fall des § 936, venn die vorige Ehe aus « einem unverschuldeten Irrthum fur getrennt angenommen « vorden, da sie doch noch wircklich bestanden hat, ist « die spätere Ehe keineswegs nichtig, sondern nur un- « gul

« Si, par suite d'une erreur tout à fait excusable, le mariage précédent a été tenu pour dissous, alors qu'il existait encore, le mariage subséquent n'est pas nul, mais seulement non valable. »

§ 943. « Wenn also das der späteren Ehe zur zeit iher voll- « ziehung entgegen gestandene Ehehinderniss durch eine « nachher wircklich erfolgende trennung der fruheren ge- « hoben worden, so ist die spätere Ehe als von anfang an « gultig anzuschen. »

« Si par conséquent l'empêchement qui s'opposait au mariage subséquent, lors de sa célébration, vient à cesser, par suite de la dissolution du mariage précédent, le mariage subséquent est à considérer comme ayant été valable du jour de sa célébration. »

§ 944. « Fur einen unverschuldeten Irrthum ist es zu « halten wenn der wircklich noch nicht erfolgte tod des « vorigen Ehegatten gesetzmäsig bescheinigt war, oder wenn « die vorige Ehe durch ein richterliches Erhentniss dem « aber ein wesentliches Erforderniss der Gultigkeit erman- « gelte, fur getrennt erklärt worden. »

« Il y a erreur tout à fait excusable, lorsque le décès du précédent conjoint, qui n'a pas encore eu lieu, était judiciairement constaté, ou lorsque le mariage précédent était déclaré dissous par un jugement dépourvu d'une condition essentielle à sa validité. »

§ 945. « Hat aber der vor trennung der fruheren zu einer « nachherigen Ehe streitende theil den vorgefallenen fehler « vorsätzlich, oder durch ein eigenes, grobes oder mäsiges « versehen selbst veranlasst, so bleibt die Ehe von anfang « an nichtig. »

« Mais si l'époux a convolé à un mariage subséquent,

Digitized by Google

avant la dissolution du mariage précédent, volontairement, ou par suite d'une faute lourde, le mariage subséquent demeure nul, du jour de sa célébration. »

PROSPER SCHAEFFER.

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS DE DROIT COMMERCIAL,

Par MM. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT,
Agrégés à la Faculté de droit de Paris,
Professeurs à l'École libre des sciences politiques.

Compte rendu par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de Grenoble.

Les travaux sur la législation commerciale se multiplient. Après M. Boistel, dont le précis vient d'obtenir un si légitime succès, voici MM. Lyon-Caen et Renault qui, eux aussi, publient le premier fascicule d'un *Précis de Droit commercial*, comprenant le commentaire du Code de commerce et des lois qui s'y rattachent. L'attention publique se porte, en effet, de plus en plus sur cette partie de notre législation. Tandis que le droit civil reste pour ainsi dire immobile, immuable dans ses formules et dans ses principes traditionnels, le droit commercial touchant à des intérêts multiples, variables, subissant en même temps l'influence des divers états économiques que traversent les sociétés modernes, est à peu près toujours en mouvement. Chaque période du siècle qui s'écoule apporte son contingent d'idées, de systèmes et souvent d'utopies aux théories les plus importantes : organisation des sociétés, circulation des capitaux, moyens de crédit, etc. Aussi le dernier mot n'est-il jamais dit sur une législation qui est souvent en voie de formation et qui, souvent aussi, comme il arrive pour les principales opérations de banque et notamment pour le compte courant, n'a pas été codifiée.

MM. Lyon-Caen et Renault ont été à coup sûr trop modestes en présentant leur ouvrage sous le titre peu ambi-

Digitized by Google

tieux de précis qui semble désigner un écrit purement élémentaire. Cet ouvrage pourrait, si l'on en juge par la partie qui est aujourd'hui présentée au public, afficher des prétentions plus hautes. Il n'est rien moins qu'un manuel : c'est une exposition substantielle, concise et pourtant toujours claire des solutions admises en doctrine et en jurisprudence. Il sera, à coup sûr, un puissant auxiliaire des cours du professeur, — mais de plus le praticien, l'homme d'affaires pourront le consulter avec fruit. Ils y trouveront les renseignements les plus fidèles, les plus complets, sur l'état des questions qui les intéressent.

Un mot d'abord du plan général. Nos auteurs débutent par une assez longue introduction économique et surtout historique dont la partie la plus intéressante est, sans contredit, un rapide tableau du régime économique auquel étaient soumis, avant 1789, le commerce et l'industrie. Les négociants et les industriels de notre époque ne seront sans doute pas fâchés de connaître les lourdes entraves dont se plaignaient leurs ancêtres et dont la Révolution les a délivrés. L'étude historique se termine par un coup d'œil général sur les législations commerciales des nations voisines et par une appréciation de la tendance qui se manifeste depuis quelques années vers l'unification du droit commercial au moins sur certaines matières. Ce sont là des notions pleines d'intérêt, auxquelles jusqu'ici l'on n'avait pas fait peut-être de place suffisante dans l'enseignement. MM. Lyon-Caen et Renault comblent une véritable lacune.

Après l'introduction, la division de l'ouvrage. Il doit, selon la promesse des auteurs, se composer de cinq parties: 1° Actes de commerce et commerçants; 2° Contrats commerciaux; 3° Commerce maritime; 4° Faillites et banqueroutes; 5° Juridiction commerciale. Il doit enfin être traité dans un appendice de la propriété industrielle.

Cette dernière matière ne figure pas ordinairement dans le programme d'un enseignement de droit commercial et il faut louer nos auteurs de lui avoir accordé le droit de cité : « Elle a en effet, disent-ils avec raison, dans une note, elle a « pour le commerce et l'industrie, une importance consi- « dérable; aussi nous semble-t-il impossible de ne pas y « consacrer au moins quelques pages, dans un traité de droit

Digitized by Google

« commercial. » Nous nous associons pleinement à ces observations et nous croyons aussi que l'étude des brevets d'invention et des marques de fabrique se rattache plus naturellement à l'explication du Code de commerce qu'à celle des lois administratives. Peut-être, même, aurait-on pu être plus audacieux. L'admission de cette nouvelle matière aurait dû entraîner une modification dans le plan. La première partie pouvait, sans inconvénients notables, porter pour rubrique : Des actes de commerce, des commerçants et de la propriété industrielle. Elle aurait ainsi correspondu exactement aux premiers livres de notre Code civil, traitant d'abord des personnes et ensuite des biens et l'ordre des idées ne se serait pas déroulé avec moins de clarté. N'était-il pas logique, au surplus, de parler des biens qui ont un caractère essentiellement commercial et industriel, avant d'aborder l'étude des contrats, dont ils peuvent faire l'objet? Ainsi, à propos des ventes commerciales, on aurait pu indiquer les particularités qu'offre la théorie des cessions de brevets d'invention.

Le plan général que nous venons d'indiquer respecte l'ordre du Code de commerce. M. Boistel, dans son précis, s'en était légèrement écarté. Il plaçait le commerce maritime après la faillite et avant l'organisation des juridictions commerciales. MM. Lyon-Caen et Renault ont pensé, et avec raison ce nous semble, qu'il était plus rationnel d'observer d'abord la vie commerciale, dans toutes ses manifestations, et de ne s'occuper qu'ensuite de la cessation de cette vie commerciale, qui est la faillite. Ce ne sont là, du reste, que des divergences absolument secondaires, et qui n'exercent pas d'influence sur la clarté de l'exposition.

Si, laissant de côté l'ordonnance de l'ensemble, nous considérons les détails de l'œuvre nouvelle, elle nous frappe par un mérite particulier qui, croyons-nous, ne se retrouve au même degré, dans aucun des traités de droit commercial publiés jusqu'à ce jour. MM. Lyon-Caen et Renault ne se contentent pas de nous faire connaître ce qui a lieu chez nous. — Ils font plus. Ils nous renseignent avec beaucoup de soin, sur les solutions admises par les lois de nos voisins à propos des questions encore débattues en France. Les études de législation comparée ont sans doute partout leur impor-

Digitized by Google

tance et il ne faut les dédaigner ni en matière civile, ni en matière pénale, ni en matière administrative. Mais c'est surtout en matière commerciale qu'elles offrent un immense intérêt. Le commerce, de nos jours, est le trait d'union constant entre les nations. C'est là une vérité banale. Il importe donc d'avoir des notions sur les lois étrangères, lorsque nos relations de producteurs ou de consommateurs s'étendent bien au delà de nos frontières, et que chaque jour nous vendons et achetons en pays étranger. « De plus, « comme le disent nos auteurs (page 24), l'attention a été « appelée dans chaque pays sur les règles suivies dans les « pays voisins, et la nécessité de soutenir la concurrence a « fait supprimer telle ou telle prescription gênante ou em- « prunter à un autre pays une disposition favorable au « commerce ou à l'industrie. » Nous citerons spécialement une matière sur laquelle les auteurs nous fournissent d'abondantes notions de législation comparée. — C'est la matière éternellement à l'ordre du jour des sociétés. Ainsi, à propos des sociétés à capital variable, ils nous signalent les différences existant entre la loi française de 1867 et la loi belge de 1873. L'une demande à chaque actionnaire le versement du quart au moins de son action; l'autre, la loi belge, par son article 87, n'exige au contraire aucun versement immédiat. L'article 50 *in fine* de la loi de 1867 autorise les sociétés à capital variable à stipuler, dans leurs statuts, que l'assemblée générale et le conseil d'administration pourront s'opposer au transfert des actions, sans que pour cela la société devienne une société par intérêts. D'après la loi belge (art. 85), les parts d'associés sont de leur nature incessibles à des tiers. — On trouvera également des renseignements intéressants sur les lois étrangères, en ce qui concerne les actes de commerce, les commerçants et le gage commercial.

Les limites de ce compte rendu ne nous permettent pas d'insister également sur toutes les parties du volume. Nous nous arrêterons seulement à l'exposition des règles des sociétés à laquelle il n'a pas été consacré moins de 200 pages. Dans ce court espace, les auteurs ont su tracer le plus fidèle tableau de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence sur la matière. Ici encore ils ont ajouté et complété. Ils

Digitized by Google

donnent quelques pages aux sociétés civiles à formes commerciales et expliquent la condition juridique des sociétés étrangères, faisant des opérations en France. — Ce sont là deux ordres d'idées, non dénués d'importance et bien souvent négligés. MM. Lyon-Caen et Renault ont su mettre à profit sur ce point leurs travaux antérieurement publiés. Mentionnons aussi l'explication, on ne peut plus complète, de la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur perdus ou volés. Il y a là, en quelques pages, la substance d'un traité sur ce sujet important. On y trouvera un résumé des solutions admises par la jurisprudence avant 1872, et la discussion consciencieuse des difficultés que peut susciter l'application de la loi nouvelle. Ainsi les auteurs nous donnent des détails sur la question de savoir dans quelle mesure la loi de 1872 serait applicable aux titres étrangers, question fort pratique assurément, mais qui n'avait pas encore été élucidée par la doctrine. Nous souhaiterions que sur ce point il intervînt des conventions diplomatiques, réglant entre les différents États, l'exercice du droit d'opposition pour les titres perdus. — Que l'on nous permette cependant, en terminant, une humble critique sur le plan suivi pour l'explication des règles particulières à chaque société. Pour chacune d'elles, MM. Lyon-Caen et Renault exposent les modes de publicité qui lui sont applicables. Ne serait-ce pas là une méthode un peu défectueuse et ne serait-il pas préférable de formuler, dans un chapitre spécial, la théorie d'ensemble de la publicité? D'abord, c'est ce qu'a fait le législateur de 1867 et il nous semble que l'ordre de la loi doit être suivi, s'il n'y a pas pour s'en écarter de raisons décisives. — De plus, en procédant ainsi on s'expose à des redites qui, nécessaires dans un cours oral, ne sont pas indispensables dans un traité. Enfin, on tombe dans un inconvénient visible. On discute sur une société une question qui peut surgir aussi sur les autres. C'est ce qui arrive dans la section des sociétés en nom collectif où l'on se demande si les créanciers personnels d'un associé peuvent opposer la nullité procédant du défaut de publicité, aux créanciers sociaux, afin d'écarter leur privilège. Cette difficulté surgit surtout, en cas de société en nom collectif; mais elle n'est pas impossible, en matière de commandite.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit de ces critiques qui ne sauraient diminuer la valeur de l'œuvre, on peut dire que MM. Lyon-Caen et Renault ajoutent à la littérature juridique commerciale, un livre utile à la fois pour le savant, pour l'étudiant et pour le praticien et dont le lecteur ne manquera pas de souhaiter le prompt achèvement. CH. TESTOUD.

LE MARIAGE CIVIL ET LE DIVORCE

DANS LES PRINCIPAUX PAYS DE L'EUROPE,

Par M. GLASSON, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. Gaston MAY,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

Depuis plusieurs années les questions de législation comparée ont pris une importance considérable dans notre pays. Des événements néfastes, dont nous ne pouvons perdre le souvenir, nous ont fait cruellement sentir la nécessité de connaître les institutions des peuples qui nous précèdent ou nous suivent dans la voie du progrès. Mais il ne suffit pas d'avoir le sentiment du rôle que ces études nouvelles sont appelées à jouer dans l'avenir. Il faut, lorsqu'on les aborde, y apporter un grand esprit de précision, une science toujours sûre d'elle-même, un sens critique infaillible, qui permette de discerner, parmi les institutions diverses, celles qui sont le fruit de la civilisation générale, et celles qui sont le produit des idées, des habitudes et du tempérament propre de chaque pays. Toutes ces qualités se retrouvent au plus haut degré dans l'excellent ouvrage de M. Glasson.

Ce livre se compose de deux parties essentiellement distinctes.

La première partie n'en est pas l'objet principal. Elle ne laisse pas toutefois d'être fort intéressante pour l'étude approfondie des législations comparées. L'auteur s'est attaché à y exposer les sources du droit civil actuellement en vigueur dans les principaux pays de l'Europe. Il divise en trois groupes les législations européennes : pays où l'influence romaine s'est exercée d'une façon prédominante, pays d'où

Digitized by Google

l'élément romain se trouve banni, enfin pays où l'élément romain s'est fusionné avec l'élément barbare. C'est en suivant cet ordre que l'auteur nous présente un aperçu des sources de chacune des lois civiles européennes, aperçu qu'il a eu l'heureuse fortune de rendre à la fois court, attrayant et instructif. En terminant cette revue, le savant professeur signale une double tendance à laquelle ces législations ont toutes obéi, malgré la diversité inévitable des applications de détail. D'une part, l'organisation de la famille, telle qu'elle résultait des coutumes romaines primitives est partout abandonnée. La famille n'est plus groupée autour du Pater, souverain prêtre, souverain juge, souverain maître, qui la résumait et l'absorbait tout entière dans sa puissante personnalité. Le mouvement de réaction contre les idées étroites du régime patriarcal, inauguré par le préteur romain se continue de nos jours, et triomphe des dernières résistances. D'autre part, on renonce partout au régime de la propriété collective, telle qu'on la retrouve encore pratiquée de nos jours chez les Slaves. On adopte le principe de la propriété individuelle et absolue, que le vieux droit quiritaire avait organisée avec rudesse, que le droit de l'époque classique avait généralisée, en l'assouplissant, qui a résisté à la féodalité et a fini par l'emporter sur elle. Ainsi, émancipation de l'individu et de la propriété, tels sont les deux grands résultats auxquels sont déjà arrivées les principales lois modernes, et vers lesquels s'acheminent les autres.

La seconde partie de l'ouvrage est consacrée à la question du mariage civil et du divorce.

Depuis le commencement de ce siècle, il s'est produit en Europe un mouvement dont la France peut, à juste titre, revendiquer l'honneur et l'initiative. Ce mouvement a abouti à trois résultats intimement liés ensemble : le droit romain a été abandonné comme législation positive, le droit civil s'est unifié dans chaque pays, et en s'unifiant il s'est sécularisé. C'est une des conséquences de cette transformation que M. Glasson s'est proposé d'étudier en abordant la seconde partie de son livre.

Le mariage est-il considéré aujourd'hui par le droit commun de l'Europe comme une institution d'ordre purement civil, indépendante de la consécration religieuse,

Digitized by Google

réglementée par la seule loi civile? Y a-t-il encore des pays, où il soit envisagé comme ayant un caractère essentiellement religieux ou tout au moins mixte, soumis dès lors en tout ou en partie aux prescriptions des lois canoniques, placé en dehors et au-dessus de la loi civile? D'autre part, quelle influence a exercé, sur la détermination des causes de dissolution du mariage, la sécularisation du droit civil? Le divorce, notamment, qui depuis le concile de Trente (1563) est repoussé par les lois de l'Église catholique, a-t-il été admis dans tous les pays où la sécularisation de la loi civile est complète? De quelles garanties est-il entouré dans les législations qui l'admettent? quelles sont celles qui le rejettent? Tels sont les problèmes que l'auteur aborde et résout avec une sûreté et une impartialité dont nous ne saurions assez faire l'éloge.

Ces questions sont d'ailleurs loin d'être indifférentes à notre pays. Dans ces derniers temps, en effet, certains publicistes ont esayé de battre directement en brèche le principe du mariage civil qui, depuis 1792, est l'une des bases fondamentales de notre droit privé. D'autres, sans oser l'attaquer de front, ont critiqué vivement les dispositions de la loi sur le mariage civil dans ses rapports avec le mariage religieux. Leurs critiques, qui ont eu peu d'écho, tendaient à faire prévaloir, dans certains cas, le mariage religieux sur le mariage civil, et à compromettre l'indépendance de la législation civile [1]. En sens inverse, on a soulevé depuis peu la question si grave du divorce et de son rétablissemeut dans notre pays. En 1876, un projet de loi émané de l'initiative parlementaire a été présenté à la Chambre des députés. La dissolution de la Chambre ne permit pas de mettre en discussion cette proposition que d'ailleurs la commission d'initiative avait rejetée [2]. Plus récemment encore une nouvelle proposition de loi a été présentée à la Chambre, demandant le rétablissement du titre du Code civil relatif au divorce, avec quelques modifi-

[1] Voir pages 51, 57 les indications bibliographiques données par M. Glasson.

[2] Nous croyons utile d'indiquer les numéros du *Journal officiel* où l'on pourra retrouver l'exposé des motifs du projet de M. Naquet, et l'excellent rapport dû à notre savant collègue M. Constans. Voir *Journal officiel* des 22, 23, 25, 26, 28 juin 1876, 10 décembre 1876.

Digitized by Google

cations assez importantes[1]. En dehors de l'action parlementaire, des procès retentissants ont attiré de nouveau sur cette question l'attention du public. La presse quotidienne, le théâtre s'en sont emparé et il ne faut pas méconnaître qu'il existe en ce moment en France un certain mouvement d'opinion en général favorable au rétablissement du divorce. Pour toutes ces raisons, l'étude entreprise par M. Glasson est pour nous du plus haut intérêt.

Il retrace d'abord les origines historiques de la double question qu'il étudie. Le droit romain, les lois barbares, le droit canonique, surtout, sont l'objet d'un scrupuleux examen. Le savant professeur, qui a consulté avec fruit les publications récentes parues en Allemagne, sur le droit canonique, nous fait assister aux péripéties de la lutte entreprise, dès le début, par l'Église contre le mariage civil et le divorce. Cette lutte se termine seulement au XVIe siècle. Le concile de Trente (11 novembre 1563) met fin aux dernières hésitations des canonistes, en proclamant l'union indissoluble du contrat et du sacrement de mariage, et en supprimant définitivement les derniers vestiges du divorce.

Ces préliminaires achevés, l'attention de l'auteur devait se porter tout naturellement sur la France et sur les pays qui nous ont emprunté notre Code civil. Les principes qui avaient prévalu dans l'ancienne France sont exposés avec une grande netteté. Les prescriptions du concile de Trente soulevèrent chez nous des protestations de la part des partisans du pouvoir temporel. Aussi n'obtinrent-elles jamais une autorité absolue. Cette opposition des juristes aux prétentions des canonistes aboutit à un système de transaction. Le mariage fut considéré à la fois comme un acte civil et religieux. Quant au divorce, il n'était admis dans aucun cas. A ce point de vue, les lois civiles s'étaient approprié les principes du concile de Trente. Mais les causes de nullité du mariage continuaient à être déterminées d'après le droit canonique, et l'on sait qu'elles étaient assez

[1] Voir *Journal officiel* 1er juin 1878 et 29 mars 1879 pour le rapport de la commission d'initiative concluant au rejet de la prise en considération, — Consulter encore *Journal officiel* du 14 décembre 1877; Sénat, pétition relative au rétablissement du divorce.

Digitized by Google

nombreuses. A défaut de divorce, les époux avaient la ressource de la séparation de corps et d'habitation, dont les causes étaient laissées à l'appréciation arbitraire des tribunaux.

La sécularisation du droit, qui devait être l'une des premières conséquences de la Révolution, entraînait nécessairement la proclamation du principe du mariage civil. Déjà formulé dans la Constitution de 1791, ce principe nouveau reçoit son organisation définitive dans la loi du 20 septembre 1792. Les origines de cette loi, ses dispositions en ce qui concerne le mariage civil et le divorce sont étudiées avec beaucoup de soin par M. Glasson, qui critique la fâcheuse facilité avec laquelle le législateur autorisait le divorce, surtout pour incompatibilité d'humeur. Le régime établi par le Code civil : maintien du mariage civil, réglementation plus sévère du divorce par consentement mutuel, rétablissement de la séparation de corps, est loin de provoquer les mêmes critiques. Le Code civil, dit M. Glasson, a su à la fois rendre au mariage le rang qu'il doit occuper dans les institutions sociales, donner satisfaction aux sentitiments religieux du plus grand nombre, sans froisser des convictions contraires, sans renier surtout le grand bienfait de la sécularisation du droit. L'auteur constate que la législation sur le divorce ne donna lieu à aucun abus, pendant les douze années qu'elle resta en vigueur, depuis la promulgation du Code civil. Ce reproche ne lui a jamais été adressé dans la discussion de la loi de 1816.

Arrivant à l'abolition du divorce, en 1816, M. Glasson est amené à rechercher à quelles considérations le législateur obéit, lorsqu'à cette époque il supprima tout le titre du Code civil relatif au divorce. A ses yeux, cette réforme ne paraît pas être une vengeance de l'ancien régime, ce fut une mesure qui était dans les vœux de la nation. La lecture attentive des discussions qui se sont engagées à ce sujet devant la Chambre des pairs et devant la Chambre des députés, n'autorise guère cette manière de voir, et ne nous permet pas de conserver, sur l'esprit qui animait le législateur de 1816, des illusions par trop favorables[1]. Suivant M. Glasson, le

[1] Nous renvoyons à cet égard au *Moniteur* du 29 décembre 1815 où se

Digitized by Google

législateur de 1816 était l'interprète de l'opinion, puisque le projet ne rencontra pas, dans le sentiment général, l'opposition que souleva plus tard, en 1826, la tentative de rétablissement du droit d'aînesse et des substitutions. Cette raison n'est pas, à nos yeux, concluante. Le divorce, organisé par le Code civil, n'était pas encore une institution qui eût jeté des racines profondes. De l'aveu même de ses adversaires, il n'était guère pratiqué [1]. Sa suppression ne lésant que quelques intérêts individuels, ne devait pas provoquer de très vives réclamations [2]. Il ne faut pas non plus oublier le rôle de la Chambre au sein de laquelle surgit la proposition de loi abolitive du divorce, les circonstances politiques qui précédèrent ou suivirent le vote de cette loi. On comprendra facilement, alors, pourquoi l'opinion publique n'a pas protesté, comme elle le fit en 1826, contre des tentatives inspirées par le même esprit, alors que la France moderne et libérale s'était retrouvée et avait enfin repris conscience d'elle-même.

Il était intéressant de rechercher quels effets a produit le divorce du Code civil dans les pays voisins du nôtre, où notre droit civil a été ou est encore en vigueur. Notre savant et consciencieux collègue n'a pas manqué de se préoccuper de cette question; et il rapporte à ce sujet des documents statistiques très curieux à méditer. C'est particulièrement pour la Belgique que les renseignements sont précis. Le nombre des divorces, stationnaire dans les campagnes, paraît aller en croissant dans les grandes villes. En 1875, il

trouve la proposition faite par M. de Bonald; au *Moniteur* du 27 mars 1816, p. 357, 358 pour la discussion à la Chambre des pairs; au *Moniteur* du 19 avril 1816, p. 498 pour la discussion à la Chambre des députés. Nous ne citerons aucun extrait des discours prononcés à cette occasion. La simple lecture suffit pour se rendre compte des dispositions qui animaient l'auteur et les défenseurs de la proposition. La séance du 27 avril 1816 (*Moniteur* du 29 avril 1816, p. 498) est particulièrement intéressante comme indice de la précipitation qu'on mit à faire adopter le projet de loi, et à étouffer toute discussion un peu prolongée. (Voir Viel-Castel, *Histoire de la Restauration*, t. IV, p. 487.)

[1] Voir *Moniteur* du 22 décembre 1816, p. 1428, rapport de M. le comte Abrial. Il est regrettable qu'on ne possède sur cette question aucun document statistique.

[2] Voir cependant *Moniteur* du 30 décembre 1816, p. 1460, 1461.

Digitized by Google

a été pour tout le royaume de 125. En Suisse, avant la loi du 24 décembre 1874, réalisant pour toute la confédération l'unité de législation en matière de mariage, le canton de Genève avait conservé les dispositions de notre loi française. Les statistiques de ce canton constatent un nombre très restreint de divorces.

Restent les autres pays de l'Europe où notre Code civil n'est pas en vigueur. M. Glasson les a divisés en pays latins, germaniques, slaves, scandinaves. Pour chacun d'eux, il a présenté une étude approfondie, toujours appuyée sur les documents législatifs les plus récents, où le souci de l'exactitude dans le détail n'exclut jamais les vues d'ensemble. Nous citerons particulièrement son étude sur les législations allemande, anglaise et russe. Nous ne suivrons pas l'ouvrage dans cette revue des lois européennes. Tout lecteur désireux de se faire une opinion réfléchie sur les questions délicates auxquelles touche l'auteur, voudra entreprendre ce voyage à la suite d'un guide aussi impartial et aussi éclairé. Nous nous contenterons de signaler les conclusions que M. Glasson a dégagées dans quelques pages finales.

Le mariage, d'abord considéré comme un acte civil, a perdu ce caractère pour devenir de plus en plus, sous l'influence de l'Église, un acte religieux. Puis l'idée du mariage civil a reconquis le terrain qu'elle avait perdu, et, en une soixantaine d'années, elle s'est implantée dans la plupart des législations européennes, où elle est considérée comme une conséquence nécessaire de la liberté de conscience, et de l'indépendance temporelle de l'État. Partisan déclaré de ce principe, l'auteur rejette l'opinion de ceux qui voudraient supprimer en France le mariage civil, et dont les réclamations menacent ou inquiétent l'une des libertés qui nous sont les plus chères, celle de la conscience.

Quant au divorce, on ne peut pas constater les mêmes progrès. Bien que l'Allemagne et la Suisse l'aient admis récemment à titre d'institution générale, il est encore repoussé par tous les peuples de race latine : la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal. Il existe chez les peuples slaves et scandinaves, mais avec de sévères restrictions. Ce sont les peuples d'origine germanique qui l'autorisent avec le plus de facilité, sauf l'Angleterre, où il est restreint dans

Digitized by Google

d'assez étroites limites. Jusqu'à présent d'ailleurs, dans les pays où existe le divorce, personne ne songe à en demander la suppression, bien qu'on puisse constater les progrès très rapides qu'il a faits dans les mœurs.

En terminant, M. Glasson ne pouvait pas se dispenser de nous indiquer son opinion sur les raisons qui sont de nature à justifier ou à exclure le rétablissement du divorce dans notre pays. Avec une grande indépendance de vues, il montre que si les idées religieuses exercent encore à ce sujet une influence décisive, le législateur moderne doit se désintéresser de ces considérations, tout en tenant compte de cet état de chose. Il fait comprendre, en effet, qu'il y a des raisons théoriques fort sérieuses à invoquer contre le principe même du divorce; et que ces raisons, préférables aux motifs d'ordre purement religieux, seraient déterminantes s'il s'agissait de les appliquer à une société toute neuve, qu'on aurait à constituer de toutes pièces. Mais il ne peut pas être question d'imposer ainsi une doctrine, conçue *à priori*, à une nation comme la nôtre déjà vieille de plusieurs siècles. Il faut encore que cette doctrine soit conforme aux mœurs de la nation. C'est là le véritable terrain sur lequel la question doit être posée. Si l'état des mœurs réclamait le rétablissement du divorce, il faudrait bien, dit M. Glasson, se soumettre à cette nécessité et consacrer cette dérogation à l'indissolubilité du lien matrimonial. Mais à l'heure actuelle, l'état des mœurs ne paraît pas exiger ce sacrifice. L'opinion publique ne semble pas s'être émue des réclamations que la littérature, le théâtre, la presse on tessayé de faire entendre. Le divorce est donc une institution qui ne peut trouver place dans nos lois, parce qu'elle n'est pas en harmonie avec nos mœurs actuelles.

Arrivé à ce terme, l'auteur eut pu peut-être, bien que cela fût en dehors de son sujet, justifier cette conclusion, en indiquant quels étaient à ses yeux les signes certains dénotant cette répugnance instinctive qu'inspire le divorce dans notre pays. Il eut été également intéressant de savoir à quels indices on pourrait reconnaître un jour qu'un changement s'est opéré à ce sujet dans les idées. La solution de ces questions est plus malaisée qu'on ne le pense. Il ne faut pas se dissimuler, en effet, que la cause du divorce n'est pas de

Digitized by Google

celles qui sont de nature à passionner les esprits et à provoquer un soulèvement général de l'opinion. En dehors du cercle des publicistes, elle n'intéressera jamais, fort heureusement, qu'une minorité très restreinte. On devra donc toujours se garder d'invoquer, contre le rétablissement du divorce, l'indifférence que manifestent à cet égard ceux qui ont le bonheur de n'avoir pas à y songer. M. Glasson ne nous paraît donc pas avoir envisagé la question sous toutes ses faces, lorsqu'il invoque l'indifférence générale à titre de preuve contre la nécessité actuelle du rétablissement du divorce. Peut-être eût-il trouvé d'autres considérations plus concluantes, s'il avait jugé à propos d'examiner, dans un travail spécial, la question telle qu'il est arrivé à la poser. Il faut lui savoir gré, en tous cas, d'avoir su la dégager des éléments étrangers qui l'ont toujours obscurcie, en même temps qu'il l'éclairait par ses savantes observations sur les législations étrangères. Le livre où se trouvent consignés les résultats de ces consciencieuses recherches, devra être consulté et médité par tous ceux que préoccupe la solution d'un des plus difficiles problèmes que soulève la législation civile.

GASTON MAY.

1° Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres, missives et télégrammes, d'après le droit civil et commercial, 2e édition ; — 2° Des sociétés françaises et étrangères, par M. Rodolphe ROUSSEAU, avocat à la Cour de Paris. — 3° Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, par MM. ROUSSEAU, avocat, et LAISNEY, avoué au tribunal de la Seine.

Compte rendu par M. G. DEBACQ, docteur en droit, avocat à la Cour de Paris.

§ 1.

M. Rodolphe Rousseau, a publié, il y a quelques années, un traité de la correspondance par lettres, missives et télégrammes d'après le droit civil et commercial, qui, dès son

Digitized by Google

apparition, avait obtenu le plus sérieux succès. L'ouvrage avait été favorablement accueilli par tous ceux qui s'intéressent aux monographies bien conçues et habilement rédigées. Le livre de M. Rousseau était assez savant pour mériter le suffrage des hommes de science et des théoriciens exclusifs, assez pratique pour rendre aux hommes d'affaires d'incontestables services. Ni les uns ni les autres n'avaient ménagé à notre confrère l'éloge dont d'ailleurs il était digne à tous les points de vue.

M. Rousseau ne s'est point arrêté en si bon chemin. Il a tenu à ce que la deuxième édition de son livre fût supérieure encore à la première ; il a complété son travail primitif, en y ajoutant quelques chapitres absolument nouveaux; il a refondu et rendu plus parfaits encore ceux qui figuraient dans l'ouvrage originaire.

Il a, notamment, dans sa nouvelle édition du *Traité de la correspondance*, abordé l'examen d'une question qu'il avait négligée dans sa publication première et dont de récents débats ont signalé, à l'attention publique, l'importance et la délicatesse. Nous voulons parler de la correspondance des aliénés. Le directeur d'une maison d'aliénés a-t-il le droit d'ouvrir et de garder la correspondance de ses pensionnaires? Peut-il se servir en justice des lettres écrites par les personnes retenues dans l'établissement dont il a l'administration?

Il semble au premier abord que si le droit du directeur de prendre connaissance des lettres adressées aux aliénés ou écrites par eux peut aisément se justifier, il est, d'autre part, assez difficile d'admettre que ce même personnage ait qualité pour, dans un intérêt à lui exclusivement personnel, retenir cette correspondance et en faire plus tard usage. La Cour de cassation l'a pensé cependant; elle a, dans un arrêt récent, autorisé un directeur actionné par un de ses anciens pensionnaires, à invoquer, pour faire écarter une demande en dommages-intérêts contre lui formée, la correspondance interceptée par lui, directeur, pendant l'internement du demandeur. M. Rousseau s'élève avec énergie contre cette jurisprudence et nous sommes pleinement de son avis. La Cour de cassation qui, en tant de circonstances, a refusé aux plaideurs le droit de produire en

Digitized by Google

justice les lettres missives adressées à des tiers sans le consentement, tout à la fois, de l'expéditeur et du destinataire, nous paraît avoir oublié, en ce qui concerne les directeurs des maisons d'aliénés, des principes que nulle bonne raison ne lui permettait cependant de méconnaître. Les considérants si remarquablement déduits par elle dans son arrêt du 5 mai 1858, devaient, ce semble, la conduire à une solution toute différente de celle qu'elle a consacrée dans son arrêt du 27 décembre 1875.

Que, pour le bien même de l'aliéné, la jurisprudence et la doctrine aient permis au directeur d'un asile d'intercepter la correspondance des malades confiés à sa garde, soit, mais il faut bien se garder de donner à cette action, déjà contestable, quoiqu'en pensent la plupart des auteurs, une étendue que rien ne peut justifier.

Dépositaire nécessaire, dans un but de bonne police, d'une correspondance que ni le destinataire ni l'expéditeur ne lui ont volontairement remise, confident imposé de secrets qui ne lui étaient pas destinés, il a le devoir d'oublier ce dont il n'a dû prendre connaissance que dans un intérêt absolument impersonnel. Il ne saurait lui être permis de se faire pour lui-même une arme de documents qu'il n'a pu détenir un moment qu'en vue de la préservation pour autrui.

Peu importe (nous ne comprenons point que la Cour de cassation ait pu professer une autre doctrine) que la lettre ainsi interceptée n'ait pas, d'une façon absolue, ce qu'on appelle le caractère confidentiel. L'examen de pareille question est absolument oiseux : dès là qu'en fait, il est constant que la correspondance, alléguée par le directeur, ne peut être détenue par lui qu'à titre de dépôt, il ne peut en faire usage dans un intérêt à lui propre qu'en trahissant ce dépôt confié à sa délicatesse professionnelle et cela suffit pour trancher la question.

La Cour de cassation reviendra, nous en sommes convaincu, sur sa jurisprudence de 1875. Elle ne saurait y persévérer.

Combien vaut mieux la doctrine de la Cour d'Orléans, arrêt du 13 mars 1857, réputant confidentielles *les lettres adressées à un tiers* et interdisant la production de ces lettres en justice, encore que l'action à l'appui de laquelle elles

Digitized by Google

étaient produites reposât sur des allégations de vol ou de fraude dont la preuve résultait, ou pouvait résulter des correspondances invoquées, et ne pouvait, en l'espèce, résulter que d'elles.

Après avoir traité des rapports qui s'établissent entre particuliers par la correspondance, M. Rousseau a, pour compléter son œuvre, traité des rapports des particuliers avec l'administration des postes et des télégraphes. Son livre est un excellent travail, d'une lecture attachante et d'une indéniable utilité, sobrement écrit et d'où l'auteur a soigneusement écarté tout ce qui pouvait, de près ou de loin, toucher au lieu commun, à la déclamation oiseuse. Il a dit sans phrase ce qu'il voulait dire et donné en peu de mots beaucoup de solutions solides.

Il faut avoir pratiqué les affaires, passé par l'épreuve du dossier à plaider ou du procès à conduire, pour savoir ce que souvent les livres les plus savants, en apparence, réservent, à ceux qui les consultent, de déceptions pénibles, et quelle insuffisance se dissimule d'ordinaire sous les dissertations creuses ou les exposés prétendus dogmatiques.

Pour savoir surtout à combien d'erreurs sont entraînés ceux qui acceptent, les yeux fermés, les soi-disant expositions théoriques ou critiques où d'habitude, l'auteur, sous prétexte de s'élever à la philosophie du droit ou de la législation, perd pied et mène à sa suite le lecteur dans le domaine de la spéculation. Il faut savoir tout cela pour apprécier à leur juste valeur des livres du genre de celui dont nous entretenons les lecteurs de la *Revue*.

Pour qui doit passer chaque jour à l'examen de questions nouvelles, pour qui, consulté à tout instant sur des points différents, doit donner à la fois avis rapide et conseil judicieux, il faut des auxiliaires qui fournissent à point nommé, sinon les solutions, du moins les éléments principaux de ces solutions, des résumés précis bien plutôt que des dissertations trop savantes, des précédents ou des arrêts que des opinions plus ou moins hasardées.

C'est, d'après nous, le grand mérite de M. Rousseau d'avoir fourni, en un volume relativement bref, tout ce qu'il est important de connaître pour résoudre d'une façon intelligente et pratique les difficultés juridiques auxquelles

Digitized by Google

peut donner lieu la correspondance en matière civile ou commerciale.

§ II.

Les qualités que nous rencontrons dans ce premier travail, nous les retrouvons sous une autre forme dans le traité des sociétés que M. Rousseau a publié il y a quelques mois.

L'auteur, par une sorte de coquetterie qui ressemble un peu à une épigramme, prévient le lecteur que le livre qu'il offre au public n'est point en réalité une œuvre originale; faire du nouveau est chose impossible. M. Rousseau n'a fait que calquer, résumer, analyser, classer ce que d'autres ont, avant lui, écrit ou jugé. Il considérerait comme une usurpation véritable de se poser en auteur d'un traité des sociétés où l'on ne trouverait, dit-il, en somme que des idées exprimées par d'autres avant lui.

C'est là de la modestie, mais aussi sans doute un peu de cruauté pour ceux qui, moins modestes que M. Rousseau, n'ont pas hésité à se croire, pas trop à tort peut-être, auteurs de livres fort utiles, à se donner pour tels, et qui n'ont fait, en somme, que redire à leur façon ce que d'autres avaient dit plus ou moins bien avant eux. Bien peu de gens se croient plagiaires pour avoir, avec un peu d'indiscrétion, fait quelques emprunts à des prédécesseurs qui ne s'étaient pas montrés plus scrupuleux.

Les œuvres absolument originales sont rares; bien rares disons-nous, et qu'on nous permette de dire que cela est fort heureux.

S'il est un terrain où l'originalité présente un péril, c'est assurément celui du droit. Rien de dangereux comme un auteur soi-disant brillant qui, au lieu de suivre le sillon déjà tracé, en essayant tout simplement de l'approfondir, se laisse aller à faire l'école buissonnière et prétend pour n'être pas entravé en sa course vagabonde faire bon marché de ses devanciers et des arrêts rendus.

Il n'est rien, pour arriver au but, de meilleur que les sentiers battus, et quand il s'agit d'interpréter une législation positive, rien, non rien au monde ne vaut un commen-

Digitized by Google

taire sans prétentions où l'auteur s'efforce simplement de communiquer à ses lecteurs la science qu'il s'est acquise à force de travail ou de pratique des affaires, de leur faire connaître les interprétations généralement admises, de résumer par eux les controverses, toutes choses meilleures et plus intéressantes que l'exposition d'idées prétendues originales.

Qu'on ne l'oublie pas, il n'y a d'utiles, en fait d'auteurs de droit, que ceux qui mettent leur honneur à fournir aux travailleurs de tous les jours un bon outil juridique : c'est ce qu'a admirablement compris M. Rousseau dans son livre sur les sociétés.

Au commentaire des lois diverses qui sont venues successivement compléter et modifier les dispositions incomplètes de nos Codes, il a pris soin d'ajouter, soit sous forme de citation ou d'analyse, soit sous forme de renvoi, tous les arrêts ou décisions judiciaires pouvant présenter quelque intérêt, et ce ne sont pas seulement les recueils proprement dits qu'il a compulsés (ils ont l'inconvénient de ne fournir qu'un peu tardivement les décisions rendues), ce sont les arrêts les plus récents, à peine publiés encore par les journaux judiciaires, qu'il a fait figurer dans son livre. Aux dispositions de la loi française, il a eu soin d'ajouter un résumé substantiel des législations étrangères. D'intéressants chapitres relatifs à la faillite des sociétés, à la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, aux valeurs perdues ou volées, à la condition légale des sociétés étrangères en France, à l'enregistrement et au timbre, aux impôts de transmission ou à ceux qui frappent le revenu des valeurs mobilières tous sujets généralement négligés par les précédents auteurs complètent, avec une collection de formules habilement rédigées, un travail destiné à remplacer avantageusement la plupart des traités publiés jusqu'à ce jour sur les sociétés commerciales et où, il faut le dire tout bas, mais le dire tout de même, on paraît s'être jusqu'à ce jour évertué à faire plutôt œuvre d'actualité que besogne réellement complète et sérieuse.

Digitized by Google

§ III.

A peine les deux volumes des sociétés commerciales françaises et étrangères avaient-ils paru que M. Rousseau entreprenait, de concert avec M. Laisney, avoué au tribunal de la Seine, la publication d'un dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative avec formules de tous les actes.

C'est une œuvre de longue haleine et qui ne formera pas moins de dix volumes, auxquels viendra encore s'ajouter un volume spécial relatif aux faillites et banqueroutes.

Les trois premiers volumes seuls ont paru. Ils permettent d'apprécier déjà le caractère de l'œuvre entreprise par les deux auteurs et l'importance capitale de l'ouvrage dont la publication vient de commencer.

Le dictionnaire de procédure n'a pas la prétention d'être une encyclopédie juridique. Les auteurs ont voulu faire, ils le disent, un livre de procédure et rien qu'un livre de procédure; mais la procédure touche à bien des choses et il est bien difficile de ne pas dire quelques mots du droit lui-même, quand on traite des principes qui en règlent la mise en œuvre.

Voici par exemple, au commencement du deuxième volume le mot *autorisation de femme.*

La monographie publiée par MM. Laisney et Rousseau débute par un court exposé historique, passe ensuite à l'examen de principes posés par les articles 215 et 218 du Code civil; résume en quelques paragraphes serrés et nourris la doctrine et la jurisprudence qui ont interprété ces articles : autorisation du mari, autorisation de justice, conséquences et étendue de l'une ou de l'autre, puis enfin manière dont cette autorisation doit être donnée. Le § 5 de la monographie comprenant les nos 118 à 167 : des formes de l'autorisation et de la compétence; les §§ 6 et 7 : des effets de l'autorisation du mari et de justice, du défaut d'autorisation, contiennent, en quelques pages tout à la fois le plus simple et le plus complet des traités sur une des portions de notre droit qui ont donné et qui donnent encore lieu aux débats les plus vifs et des plus importants.

Digitized by Google

Le tout se termine, comme chacun des articles importants de l'ouvrage, par une série de formules, modèles d'actes, etc.

Nous trouvons sous le titre d'*autorisation de plaider*, un résumé fort intéressant d'une des parties les plus intéressantes de notre droit municipal que vient compléter, de la façon la plus heureuse, l'article *commune* inséré dans la deuxième partie du même volume. C'est l'occasion pour les auteurs de préciser en quelques mots la capacité légale, au point de vue des instances en justice, des fabriques, consistoires, congrégations religieuses, etc.; si bien que le lecteur a sous la main, sinon tous les éléments d'un traité de droit administratif, du moins des notions de droit administratif suffisantes pour qu'il soit dès l'abord inutile de recourir aux ouvrages spéciaux.

Réunissez les mots : *abandon maritime, abordage, avaries*, et vous aurez le commentaire d'une importante fraction du droit maritime : acte de commerce et compétence des tribunaux de commerce venant s'y joindre, voici que ce commentaire se complète et que, dans notre *Dictionnaire de procédure civile*, nous avons un traité de droit commercial, non point peut-être sous forme didactique, mais sous la forme certainement qui rendra les recherches le plus faciles en même temps que fructueuses.

Le premier volume, va du mot *abandon* au mot *artisan*. Il comprend de bonnes monographies sur les actions, action possessoire, actions administratives, arbitrages.

Le deuxième volume commence avec les assemblées de créanciers, les assignations, pour aller jusqu'à la compétence des tribunaux criminels.

Citons parmi les monographies qui nous paraissent le mieux traitées le mot *appel* où l'on sent la main et la plume d'un vieux praticien rompu aux affaires et qui a dû bien souvent mettre en pratique les principes qu'il résume, explique et discute.

Citons aussi comme particulièrement intéressants et exceptionnellement bien traités les deux mots *avocat* et *avoué*. Les deux auteurs qui ont dû, il était impossible qu'il en fût autrement, faire, pour arriver à l'achèvement complet du monument juridique qu'ils avaient entrepris d'élever, appel

Digitized by Google

au concours de collaborateurs dont ils se bornaient à revoir et à compléter le travail, ont dû bien certainement, l'un ou l'autre, se réserver le soin de rédiger en leur entier ces remarquables monographies.

Le troisième volume traite des matières comprises sous les rubriques, *Compétence des tribunaux de paix* et *descente sur lieux*.

Nous faisons quelques réserves sur les chapitres : *Cour d'appel* trop brièvement traité, et où les récentes modifications relatives à la composition des chambres, à leur nombre sont insuffisamment indiquées; et *désaveu d'officiers ministériels* où quelques décisions récentes, d'importance sérieuse, ont été négligées et où les questions graves, agitées sur le mode de preuve à fournir par l'officier ministériel qui invoque le mandat spécial de l'article 352 n'occupent pas la place qu'elles méritent. Rien de facile d'ailleurs comme de combler cette lacune quand on abordera le mot *preuve*. Somme toute le livre est des meilleurs.

Il ne nous appartient pas certes de faire, pour rendre hommage à la valeur du dictionnaire dont nous nous occupons en ce moment, le procès d'ouvrages précédemment parus. Nul plus que nous n'estime à leur juste valeur les grandes collections de doctrine et de jurisprudence que tout le monde a entre les mains et qui rendent à chacun, dans la pratique de tous les jours, d'inappréciables services. Mais le temps, en s'écoulant, exerce sur les livres de droit, comme sur toute chose, son action destructive. Nos répertoires et nos dictionnaires ont vieilli eux aussi, non pas également en toutes leurs parties sans doute, mais surtout en celles qui ont trait aux questions spéciales auxquelles se réfèrent plus particulièrement les trois volumes que viennent de publier MM. Laisney et Rousseau. Les matières qui, dans les répertoires, doivent être placées sous des rubriques se rattachant aux premières lettres de l'alphabet, ont été tout naturellement abordées les premières. Traitées longtemps avant celles qui se classaient sous les dernières lettres, elles étaient nécessairement, par rapport à celles-ci, au jour où l'œuvre se terminait, incomplètes et vieillies. Elles pâlissaient bientôt devant leurs cadettes nécessairement plus soignées qu'elles. Le *Dictionnaire* de MM. Rousseau et Laisney vieillira à son tour, mais

Digitized by Google

quant à présent, nous ne pensons pas qu'aucune des publications antérieures puisse prétendre offrir au lecteur rien qui approche des monographies comprises dans les deux volumes que nous avons sous les yeux, du mot *abandon* jusques et y compris le mot *descente sur lieux*.

Indépendamment des articles déjà cités par nous, les monographies : *compétence*, *compromis*, *conseil de préfecture* ont été traitées avec une véritable supériorité; résumés intelligents et précis de tout ce qui a été dit, écrit ou jugé jusqu'à ce jour, ces différentes notices suppléeront à l'insuffisance malheureusement trop évidente à ce jour, des dictionnaires ou collections précédemment publiées.

Au fur et à mesure que la publication se complétera, que de nouveaux volumes viendront se joindre aux premiers, ces collections seront des rivales qu'il sera plus difficile de surpasser. Il suffira aux auteurs de continuer leur œuvre comme ils l'ont commencée pour que le succès qui accueille aujourd'hui la première partie, ne fasse point défaut à celles qui vont suivre. Ils ont essayé, disent-ils, de faire un ouvrage complet, clair, bien au courant de la jurisprudence, résolvant à la fois les questions purement doctrinales et les difficultés pratiques; le but poursuivi a été complétement atteint, dans les trois premiers volumes, les seuls que nous connaissions encore, que nous venons de présenter aux lecteurs de la *Revue*.

Nous consacrerons d'ailleurs à chacun des volumes nouveaux, aussitôt après sa publication, un article spécial. Les auteurs ne nous tiendront pas rigueur si, obligés que nous sommes de parler à la fois d'une série d'ouvrages due à leur plume féconde, nous avons dû restreindre à d'étroites limites une étude que nous eussions désiré faire plus longue. Cet examen collectif que nous venons de faire du *Traité de la correspondance*, de celui *Des sociétés*, du *Dictionnaire de procédure*, nous ont permis d'ailleurs d'apprécier la facilité avec laquelle M. Rousseau peut aborder les sujets les plus opposés, et traiter avec une égale solidité les matières les plus diverses de notre droit. Elle nous a permis de constater en même temps la puissance de travail vraiment remarquable de l'auteur, la netteté et la précision de son esprit auquel pratique et théorie sont également familières. En

Digitized by Google

abandonnant le terrain de l'œuvre exclusivement personnelle, pour, de concert avec M. Laisney, entreprendre, diriger et mener à bout la publication du *Dictionnaire de procédure*, M. Rousseau a doté le monde du palais d'un travail digne de ceux dont nous lui sommes déjà redevable, d'une utilité incontestable et d'un mérite réellement distingué.

Il a réussi, jusqu'à ce jour, à faire beaucoup et à faire bien. Vitesse et perfection sont deux qualités qui se rencontrent rarement ensemble.

Il n'est pas toujours vrai de dire que : « Le temps ne fait rien à l'affaire », surtout quand il s'agit de livres qu'il faut penser en même temps qu'écrire. Espérons que M. Rousseau, qui a su jusqu'à ce jour éviter les écueils où viennent souvent échouer les publications trop hâtives, nous démontrera une fois de plus, dans les volumes qui vont suivre, qu'il n'est pas nécessaire d'aller doucement pour atteindre le but sans encombre.

GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE L'ACTE DE PARTAGE CONSENTI PAR LE FAILLI APRÈS LA CESSATION DE SES PAYEMENTS.

Par M. Bouniceau-Gesmon, docteur en droit, substitut près le tribunal de la Seine.

L'acte de partage, auquel un commerçant aurait participé depuis l'époque fixée par le jugement déclaratif de la faillite comme étant celle de la cessation des payements, est-il un acte *à titre onéreux* tombant sous l'application de l'article 447 du Code de commerce, qui déclare annulables tous les actes de cette nature?

Rien, à mon sens, ne sert et ne facilite mieux l'appréciation d'une théorie juridique que son application directe et concomitante à un point de fait que, dans le langage usuel, au Palais, on appelle une *espèce*. Aussi, formulerons-nous ici tout d'abord le fait duquel a surgi la question ci-dessus et que nous empruntons à une récente décision judiciaire [1].

En 1837, contrat de mariage sous le régime dotal, et les époux se font donation réciproque de l'usufruit de la moitié de leurs biens, avec condition expresse que « cette « disposition ne pourra point porter préjudice aux dons pré- « ciputaires dont les futurs époux peuvent disposer en faveur « de leurs enfants à naître. »

En 1842, testament du mari, notaire, qui institue pour son héritier universel son fils unique, et qui, en cas de survenance d'autres enfants, laisse et lègue à ce fils, à titre de *préciput et hors part*, le quart de tous ses biens.

Un second enfant étant survenu, l'institution d'héritier a fait place au don par préciput du quart.

Mais, avec deux enfants, la quotité disponible était du tiers des biens, et pourtant le mari avait disposé, par préciput, du quart, et, par contrat de mariage, de l'usufruit de la moitié de ses biens, ce qui équivaut à un quart en propriété; si bien

[1] Arrêt de la Cour d'appel de Pau du 28 février 1878.

Digitized by Google

donc qu'ayant disposé du quart par le don d'usufruit à sa femme et du quart par préciput à son fils, il avait excédé la quotité disponible, dont la réduction doit s'opérer, d'après les clauses du contrat de mariage, aux dépens de la donation de l'usufruit, et c'est la femme qui doit supporter seule cette réduction.

En 1861, décès du mari, sa femme lui survivant avec ses deux fils, le dernier mineur.

En 1867, décès du plus jeune, dont la succession appartenait, pour les trois quarts, à son frère et, pour l'autre quart, à sa mère.

De 1867 à 1874, indivision : pas de liquidation de leurs droits entre la mère et son fils.

Mais, depuis 1870, ce fils, notaire, ne se contentait pas de sa profession. Il en exerçait une autre. Se livrant à des opérations de commerce et de banque, il empruntait des sommes considérables, et bientôt le désordre se mit ouvertement dans ses affaires, et ses biens furent grevés de nombreuses hypothèques. Sa mère, qui était sa créancière pour ses reprises dotales, ayant eu besoin, en 1871, d'une somme de 15,000 francs, ne put pas s'en faire payer; elle dut opérer une cession de cette créance au profit de tiers et pour cela elle dut consentir, au profit des prêteurs, subrogation de son hypothèque légale.

La mère fit plus encore : en 1872, le 6 juin, elle souscrivit, avec son fils et sa bru, une ouverture de crédit de 30,000 francs chez un banquier, et elle dut consentir la même subrogation, tout cela pour favoriser le commerce notoire auquel se livrait son fils.

Mais le désordre des affaires de ce notaire avait pris, en dernier lieu, des proportions considérables. Nombre de jugements se succédaient contre lui tant au civil qu'au commerce. C'est surtout dans le courant de l'année 1874 qu'il fut assailli de condamnations commerciales; si bien qu'il fut, le 7 mai 1875, déclaré en faillite, et bientôt après le tribunal de commerce fit remonter l'époque de la cessation des payements à la date du 12 octobre 1874.

Ce jour-là entre le fils et la mère, qui étaient dans l'indivision depuis si longtemps, depuis la mort du fils le plus jeune, intervint un acte de partage sous signature privée et

Digitized by Google

déposé ensuite entre les mains d'un notaire qui en dressa l'acte.

Cet acte a été argué de nullité par le syndic de la faillite. Cet acte était, en effet, bien singulier. Il brillait par le défaut d'évaluation des biens en détail. On s'était borné à les estimer en bloc, alors qu'il existait des immeubles bâtis et non bâtis, des pièces d'héritage de nature et de valeur bien diverses. Une telle évaluation *in globo* nous a paru bien sommaire et suspecte.

Quoi qu'il en soit, cet acte a été qualifié de partage par les deux contractants. Que pour ce qui est de la succession du fils décédé, l'acte qui a fait cesser l'indivision entre la mère et le frère soit un acte réel de partage, c'est évident, puisque les deux contractants étaient bien et dûment héritiers; mais pour ce qui est de la succession du mari et père, la veuve n'était pas héritière de son mari. Elle n'était même pas communiste. Mariée sous le régime dotal, elle n'avait que la créance de ses reprises dotales, et, comme donataire de l'usufruit, c'était encore d'une créance qu'il s'agissait pour elle. N'était donc la minime partie de cet acte, qui concerne la succession du fils et frère décédé, on ne saurait véritablement voir, dans cet acte du 12 octobre 1874, un partage.

Mais enfin, cet acte de partage consenti après la cessation de payements par le failli à sa mère est-il valable?

I

Le débiteur civil et le débiteur commercial, le débiteur failli surtout, sont traités bien différemment par la loi. En droit commun, le débiteur fait un partage sans appeler ses créanciers : ceux-ci n'interviennent pas non plus. Le partage se fait, il est inattaquable. Il n'y avait qu'un moyen, pour les créanciers, de faire tomber ce partage, c'est qu'il eût été fait sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée (art. 882 du Code civil).

En droit commun, le partage ne peut même pas être attaqué par les créanciers pour cause de fraude, et par l'action paulienne, c'est-à-dire en vertu de l'article 1167 du Code

Digitized by Google

civil, parce que l'article 882 déroge formellement à l'article 1167, ainsi que celui-ci le mentionne lui-même *in fine*.

En droit commun, un débiteur obéré consent une vente au préjudice de ses créanciers : ceux-ci ne peuvent faire tomber la vente qu'à deux conditions : 1° que le débiteur ait eu l'*animus fraudandi*, c'est-à-dire ait su que l'acte en question le rendait insolvable ou augmentait son insolvabilité. 2° que le tiers acquéreur ait également connu le résultat qu'entraînerait la vente.

Mais, en droit commercial, le débiteur failli est tout autrement traité. Ce débiteur est désinvesti de beaucoup de droits conservés par le débiteur civil obéré. La base fondamentale du droit commercial sur ce point, c'est l'égalité qui doit régner entre tous les créanciers du failli. C'est qu'à partir du jour de la cessation de payements le débiteur ne peut consentir aucun acte qui diminue d'un centime son actif au profit de l'un de ses créanciers contre les autres. Et s'il consent une vente, par exemple, ses créanciers, pour la faire tomber, ne sont pas obligés, comme en matière civile, de prouver la fraude dans le contrat; il suffira de prouver que le tiers acquéreur avait connaissance de l'état de cessation de payements de son vendeur. Que si le débiteur failli ne peut consentir aucun acte à titre onéreux dans cette condition, a plus forte raison ne peut-il consentir un acte à titre gratuit; et la loi va loin sur ce point : elle veut que cet acte à titre gratuit soit nul *de plein droit*, d'une nullité radicale, d'une nullité obligée. Elle va plus loin encore : elle veut qu'il soit nul même s'il a été consenti dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la cessation de payements.

Quant aux actes à titre onéreux consentis par le failli depuis le jour de la cessation de payements, ces actes sont annulables. Il suffira aux créanciers de prouver deux choses, c'est que l'acte a été consenti depuis la cessation de payements, et que le tiers qui a contracté avec le débiteur savait que ce dernier était en état de cessation de payements.

Voici, d'ailleurs, ces deux articles :

Art. 446. — « Sont nuls et sans effet, relativement à la « masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis « l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de « la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui

Digitized by Google

« auront précédé cette époque : – tous actes translatifs de « propriété mobilière ou immobilière à titre gratuit ; — « tous payements, soit en espèces, soit par transport, vente, « compensation ou autrement, pour dettes non échues ; et, « pour dettes échues, tous payements faits autrement qu'en « espèces ou effets de commerce ; — toute hypothèque con- « ventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou « de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour « dettes antérieurement contractées. »

Art. 447. — « Tous autres payements faits par le débiteur « pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux « par lui passés après la cessation de ses payements et avant « le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés, « si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont « traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la ces- « sation de ses payements. »

Cette législation spéciale est inverse de celle du droit commun, qui permet au débiteur obéré tous les actes possibles translatifs de propriété. La preuve seule de la fraude les fait tomber, et, en droit commun, on a admis que la fraude ne se présume pas. C'est à celui qui l'allègue à la prouver; c'est au créancier à prendre des mesures contre son débiteur, de suivre ou de ne pas suivre sa foi. Il court volontairement la chance de son insolvabilité; c'est à lui de veiller à la conservation de ses droits : *jura vigilantibus prosunt.*

Mais, en droit commercial, tout est différent. Le crédit commercial, la rapidité des opérations, la distance qui sépare les créanciers du débiteur, le grand nombre des créanciers français et étrangers, la quantité considérable des actes faits par le failli, le grand nombre de procès à intenter, les frais énormes qui absorberaient partie de l'actif, tout a dicté cette législation différente et a fait considérer comme impossible aux créanciers séparément de prouver l'existence de la fraude; et c'est pourquoi l'on a proclamé ce grand principe de l'*égalité entre les créanciers*, grâce auquel on a un moyen facile et simple d'atteindre les actes suspects, la *mauvaise foi* du tiers qui traite avec le failli dont il sait la situation.

Ainsi, tout le système de la loi commerciale repose sur

Digitized by Google

cette grande division des actes du failli : ils sont à titre gratuit ou bien à titre onéreux. Sont-ils à titre gratuit : ils sont frappés d'une nullité de plein droit, *ipso jure*. — Sont-ils à titre onéreux : ils sont annulables à deux conditions : 1° que l'acte ait été fait depuis la cessation des payements ; 2° que celui ou ceux qui ont traité avec le débiteur eussent connaissance de la cessation des payements, ce qui constitue la mauvaise foi.

Les tribunaux, au premier cas, doivent prononcer la nullité ; c'est obligatoire pour eux. Au second cas, c'est-à-dire quand il s'agit d'un acte à titre onéreux, c'est facultatif.

II

Mais suffira-t-il que l'acte à titre onéreux soit dans cette condition pour être annulé, à savoir que le tiers a eu connaissance de l'état de cessation de payements?

M. Renouard, qui a été le promoteur et le rapporteur de la loi commerciale de 1839, s'exprime ainsi : — « Le texte « de l'article 447 oblige à décider que le fait de cette con- « naissance n'est pas une cause nécessaire d'annulation, « mais en est une cause *suffisante* et n'a pas besoin d'être « accompagné de la constatation d'une autre circonstance « de mauvaise foi ou de fraude. »

Et, en effet, celui qui traite avec un débiteur failli qu'il sait être en état de cessation de payements ne saurait être de bonne foi. Pourquoi traite-t-il, si ce n'est en vue de trouver matière à un gain personnel et dans son intérêt individuel, qui ne saurait être sans qu'il y ait corrélativement préjudice pour le failli ou pour la masse de ses créanciers? Ce n'est pas pour faire un traité indifférent, un traité qui ne doit lui rapporter ni profit ni gain quelconque qu'il traite, c'est dans une pensée mauvaise ou avec mauvaise foi, et que cette mauvaise foi ait ou non réussi dans sa spéculation, elle doit être atteinte par la loi.

Nous pensons, comme M. Renouard, qu'il y a là, dans le fait même du traité, une cause *suffisante* d'annulation, et qu'il ne faut rien de plus pour entraîner la nullité du traité. Cette mauvaise foi, en droit commercial, équivaut à la fraude en droit commun, et, du moment ou elle existe, et elle existe

Digitized by Google

par le fait seul de la connaissance de la cessation de payements, elle doit forcément entraîner la nullité de l'acte; et de même qu'on ne saurait, en droit commun, déclarer valable un contrat entaché de fraude, de même on ne saurait, en droit commercial, déclarer valable un contrat entaché de mauvaise foi. Il y a assimilation, identité parfaite, et nous dirons avec M. Renouard qu'il y aurait danger et abus à porter loin la latitude donnée aux magistrats de valider ou d'annuler; « et les cas sont rares, dit-il, où les tribunaux « pourront, sans manquer à l'impartialité et à la justice, s'ab- « stenir de prononcer l'annulation, lorsque la connaissance « de la cessation de payements sera évidente à leurs yeux. » Si rares, selon nous, que nous ne saurions admettre le maintien d'aucun acte à titre onéreux entaché de mauvaise foi, puisque, à nos yeux, la fraude et la mauvaise foi sont ici sur la même ligne.

MM. Delamarre et Lepoitvin pensent, cependant, que l'acte du créancier, par exemple le payement qu'il a reçu, doit être annulé par cela seul qu'il a connu la cessation de payements, pourvu que la masse prouve que l'acte lui porte *préjudice.* et M. Bédarride (t. I, n° 119) professe la même doctrine : « Pour les actes à titre onéreux, au contraire, dit-il, leur « existence n'est pas toujours inconciliable avec l'absence « complète de tout préjudice· ce qui doit déterminer l'an- « nulation, c'est le préjudice que les créanciers souffrent. »

Le préjudice ne fût-il, en pareil cas, que d'un centime pour la masse des créanciers du failli, l'acte est annulable, c'est-à-dire l'acte onéreux doit être annulé, toujours par suite du principe que l'égalité la plus absolue doit régner entre tous les créanciers du failli et que l'actif de celui-ci ne saurait, sous aucun rapport, être diminué d'une obole, actif qui, par le seul fait de la cessation de payements, est acquis aux créanciers du failli. La jurisprudence est également formelle sur ce point, ainsi qu'on peut le voir par un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1860 [1]. Il y a même un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 juillet 1850 [2] aux termes duquel le tribunal ou la Cour qui annule un payement peut se borner

[1] V. Dalloz, R. P., 1861, 1re partie, p. 72, aff. Saugé.
[2] V. Dalloz, *Rép.*, v° faillite 310, aff. Girerd.

Digitized by Google

à déclarer que le créancier en le recevant connaissait la cessation de payements du débiteur (Sirey, 1850, 1, 641).

Mais, en admettant que la connaissance de la cessation de payements ne soit pas suffisante à elle seule et qu'il faille encore qu'il y ait préjudice causé à la masse des créanciers, au moins ne saurait-on exiger davantage. C'est le *nec plus ultra* de la doctrine et de la jurisprudence.

Quant à nous, la mauvaise foi nous paraît suffisante, car la mauvaise foi ne nous paraît digne d'aucune indulgence. Elle doit être réprimée, qu'elle ait ou non réussi dans ses projets de préjudice. La bonne foi n'est-elle pas l'âme du commerce?

Mais on admet que la mauvaise foi résulte suffisamment de la connaissance de l'état de cessation de payements et pourtant l'acte ne sera annulé, selon certaine doctrine et certaine jurisprudence, qu'autant qu'il y aura préjudice causé à la masse et qu'autant qu'on aura prouvé l'existence de ce préjudice.

Eh quoi! il faudra encore que la preuve du préjudice incombe à la masse des créanciers! Mais pourtant à la différence du droit commun dans lequel la fraude ne se présume pas, la mauvaise foi, en droit commercial, se présume si bien qu'on la proclame établie par le fait seul de la connaissance de l'état de cessation de payements. Mais le failli qui traite avec un tiers qui connaît sa situation est en état de mauvaise foi comme son contractant, et cette mauvaise foi dont ils sont coupables tous les deux ne les constituera pas dans l'obligation au moins de prouver qu'ils n'ont pas causé préjudice à la masse! Il faudra, au contraire, que ce soit cette masse à qui incombe l'obligation de prouver le préjudice!! Mais ce serait le renversement de la logique et du bon sens. Pourquoi traitaient-ils, si c'était pour ne rien changer à l'actif de la faillite? Je sais bien qu'on opposera ici les objections tirées des grands principes de droit dont on a tant abusé. On ne peut pas être tenu de faire une preuve négative, c'est l'existence et non l'absence du préjudice qui doit se prouver; car, dira-t-on, c'est la fraude qui se prouve et non la bonne foi. Sans doute, il faut, en général, prouver le crime ou le délit contre le prévenu; mais cela n'empêche pas que, lorsqu'il y a présomption grave de crime ou de délit contre un prévenu, ce ne soit bien à lui à prouver

Digitized by Google

son innocence. Ici la mauvaise foi est plus que présumée; elle est établie par le fait de connaissance de la cessation de payements. C'est bien le moins que celui contre lequel elle est si flagrante s'en défende s'il le peut, et, s'il ne peut s'en défendre, qu'il se justifie au moins des conséquences naturelles de sa mauvaise foi, sans obliger les victimes de cette mauvaise foi à en prouver l'effet. Il ne sera pas plus difficile aux deux contractants suspects de prouver qu'ils ont *augmenté* l'actif de la masse ou qu'ils l'ont laissée *intacte*, qu'à la masse de prouver qu'ils l'ont diminuée. Il ne s'agit donc pas de l'application du principe de l'impossibilité, en droit, de la preuve négative.

Il en est de même de la preuve que les créanciers doivent faire que le tiers qui a contracté avec le failli savait qu'il était en état de cessation de payements, comme s'il n'était pas naturel de présumer que ce tiers, qui connaît parfaitement celui avec qui il traite d'affaires sérieuses et a dû étudier sa situation pécuniaire, doit avoir eu connaissance d'un fait qui est toujours de notoriété publique, à savoir la faillite ou la cessation de payements d'un individu, car la cessation de payements elle-même qui résulte d'un jugement n'est fondée que sur des faits notoires, une véritable notoriété publique. On ne l'a pas dit dans la loi, mais cela n'en résulte pas moins de l'ensemble de ses dispositions et de la circonspection avec laquelle les magistrats consulaires, toujours bien informés par des faits notoires, fixent l'époque de cette cessation de payements. La présomption naturelle forcée étant que ce tiers savait comme tout le monde la cessation de payements et que, dès lors, il était dans la règle générale, ce serait bien au moins à lui à prouver qu'il était en dehors de la règle par son ignorance du fait notoire de la cessation des payements.

Ne semble-t-il pas, en vérité, qu'en France on ne saurait se contenter de la loi telle qu'elle est et que l'on sente le besoin d'y ajouter ou de la diminuer? La loi commerciale dit que l'acte à titre onéreux intervenu entre le failli et les tiers sachant qu'il est en état de cessation de payements est *annulable*, et voilà qu'on y ajoute qu'il ne suffit pas que le tiers ait su qu'il traitait avec un failli en état de cessation de payements, que cette cause d'annulation n'est pas *suffi-*

Digitized by Google

sante et qu'il faut, en outre, que l'acte porte préjudice à la masse. Comme si, puisque les tiers et le failli sont constitués en état de mauvaise foi par la seule connaissance que ces tiers ont eu de la cessation de payements, il n'y avait pas là cause *suffisante* d'annulation! Comme si la mauvaise foi, comme le crime et la vertu, n'avait pas, elle aussi, ses degrés et ne laissait pas une marge assez large au juge pour en apprécier la gravité, et comme si, en laissant à l'arbitraire du juge l'annulation des actes en pareil cas, la loi n'avait pas dit à ce juge que, selon la gravité de la mauvaise foi et le degré de son intensité, il innocenterait ou condamnerait l'acte à titre onéreux! A quoi bon alors aller chercher ailleurs que dans l'économie de la loi elle-même en ajoutant arbitrairement à ses dispositions des causes étrangères et capricieuses d'annulation, telles que le préjudice causé à la masse des créanciers! Il faut admettre, pour justifier cette théorie, que le tiers et le failli n'ont traité qu'en vue d'augmenter l'actif de la masse, ce qui constituerait de leur part, il faut en convenir, un acte admirable de désintéressement. C'est en protestant contre cette théorie-là que nous croyons être complètement dans les principes du droit et de la jurisprudence de la Cour suprême.

Il est même des tribunaux qui vont jusqu'à exiger des preuves de fraude en dehors du fait de connaissance de la cessation de payements pour réputer annulable l'acte à titre onéreux consenti par un tiers sachant l'état de cessation de payements du failli. Il faut, en vérité, avoir bonne volonté d'ajouter aux lois des dispositions que le caprice seul a pu dicter.

III

Mais c'est de l'acte *à titre onéreux* que nous venons de parler, c'est-à-dire de l'acte dont il s'agit dans l'article 447 du Code de commerce, et nous avons à nous demander si l'acte de partage auquel un commerçant failli aurait participé depuis la cessation de ses payements est un acte *à titre onéreux*.

Tous les actes de la vie commerciale sont, d'après les articles 446 et 447 du Code de commerce, à titre gratuit ou à titre onéreux. Il n'y a pas de milieu : ils sont l'un ou l'autre.

Digitized by Google

C'est une grande et absolue division. Les nullités de plein droit ne s'appliquent qu'à certains actes déterminés par la loi, tandis que les nullités du second ordre s'appliquent, en général, à tous les actes que le débiteur a pu faire et qui ne sont pas nuls de plein droit. Les nullités du second ordre, c'est-à-dire celles de l'article 447, sont générales, tandis que les nullités de plein droit sont spéciales à certains actes.

« Tous autres payements, dit l'article 447, faits par le dé-
« biteur pour dettes échues et tous autres actes à titre oné-
« reux par lui faits. »

On ne peut pas se servir de termes plus généraux et plus étendre la compréhension de la loi : « *Tous autres actes à titre onéreux.* »

Si donc l'acte de partage n'est pas un acte à titre gratuit, et cela est évident, il est alors nécessairement un acte *à titre onéreux;* cette grande division des actes est ainsi faite au point de vue de la faillite. Il ne faut pas sortir de la matière commerciale.

La Cour de Colmar et M. Bédarrides soutiennent qu'en matière de partage les contractants ou plutôt les copartageants ne sont pas, à l'égard les uns des autres, des créanciers et des débiteurs, mais des copropriétaires ou communistes des choses à partager. Ils ne sont tenus les uns envers les autres par aucune convention ou lien contractuel. Ils ne tiennent leurs droits respectifs d'aucun engagement pris ou consentis, mais les puisent dans leur qualité d'héritiers qu'ils tiennent soit de la loi, soit d'une institution faite par un tiers, droits remontant à l'ouverture de la succession et se rattachant à la personne dont l'hérédité est à liquider. Enfin, le partage est déclaratif et non attributif de propriété; c'est la fiction de la loi qui veut que l'acte de partage ait cet effet purement fictif, et qu'il remonte au jour de l'ouverture de la succession. Donc, s'il remonte au jour de l'ouverture de la succession du *de cujus*, il est antérieur au jour de la cessation des payements. Voilà l'argumentation de M. Bédarrides et des Cours de Colmar et de Paris.

S'il était vrai, comme le disent la Cour de Colmar et M. Bédarrides, que les copartageants n'ont entre eux aucun rapport de créanciers et de débiteurs, par la raison qu'ils ne tiennent leurs droits d'aucun engagement ni d'aucun contrat,

Digitized by Google

mais d'eux-mêmes comme héritiers du *de cujus*, il faudrait convenir, d'après ce système, que, dans notre espèce, la veuve ne serait pas copartageante en ce qui touche la succession de son mari, car justement elle ne tient ses droits d'usufruitière de la moitié des biens de celui-ci que d'un engagement pris dans le contrat de mariage. C'est un lien contractuel, et non une qualité d'héritière, qui constitue son droit; si bien que, dans l'acte prétendu du partage intervenu entre elle et son fils, il a pu exister entre eux, d'après M. Bédarrides, des rapports de créancier et débiteur.

Mais s'il n'y a partage et copartageants que dans le cas où les intéressés ne tiennent leurs droits que d'eux-mêmes en leur qualité d'héritiers, il n'y aura jamais partage qu'au cas d'hérédité : et que deviennent alors tous les cas d'*indivision* en dehors de l'hérédité? Ils sont évidemment exclus, comme le cas de *communauté conjugale*, qui pourtant remplit toute une section (C. civ., art. 1467 à 1491), celle du *partage* de la communauté. Il n'y a, dans tous ces cas, ni partage ni copartageants, et c'est d'un autre nom que celui de partage qu'il faudra appeler la cessation d'indivision en pareils cas!!!... Ou bien, si l'on maintient le nom de partage en tels cas, il y aura alors rapports de créanciers et de débiteurs entre copartageants, puisque s'il n'y a pas rapports de créanciers et de débiteurs entre copartageants, c'est parce qu'ils tiennent leurs droits d'*eux-mêmes*.

Mais comment peut-on soutenir qu'il n'existe aucun rapport de créanciers et de débiteurs entre copartageants héritiers, quand chacun d'eux est tout au moins, vis-à-vis des autres, créancier de la part qui lui revient, et que les autres sont les débiteurs de cette part; quand chacun d'eux est réciproquement débiteur et créancier de la garantie; quand la loi, dans de nombreuses dispositions, s'occupe des comptes que les cohéritiers ont à se faire entre eux, des rapports qu'ils doivent faire à la masse dont ils sont évidemment débiteurs? N'est-ce donc pas véritablement jouer sur les mots que de fonder des théories sur de tels moyens? Mais enfin, il faut bien que la loi admette que le partage comporte essentiellement ces rapports de dette et de créance ou de comptes et de rapports, puisqu'elle se préoccupe de les régler d'avance en ses nombreuses dispositions.

Digitized by Google

Mais la fiction de la loi qui fait remonter le partage au jour de l'ouverture de la succession, cette fiction de la loi est un *effet* du partage, puisque l'article 883 du Code civil qui le porte a pour rubrique : *Des effets du partage*. — Mais autre chose est un *effet* du partage, autre chose la *nature* ou l'*essence* même du partage; et n'oublions pas que nous recherchons ici ce que c'est qu'un acte de partage, ce qu'il est dans sa nature, dans son principe de *causalité*. Ce n'est pas de l'*effet* du partage, encore un coup, qu'il s'agit, mais de la *cause* même qui a produit l'effet. De ce que le partage a un effet rétroactif, il ne saurait s'ensuivre qu'il n'est pas un acte *à titre onéreux*. Cette conséquence, cet effet du partage dérive si peu de sa nature qu'il est une fiction, fiction qui peut aussi bien assortir un acte à titre gratuit qu'un acte à titre onéreux et qui ne préjuge en rien la question de l'essence même du partage au point de vue de la *gratuité* ou de l'*onérosité;* et comme, d'ailleurs, c'est à la cause plutôt qu'à l'effet qu'il faut d'abord s'adresser, il est bien évident qu'avant de savoir si l'*effet* existe ou doit exister, il faut savoir si la *cause* elle-même existe. On dit : « Le partage a pour « effet de remonter au jour de l'ouverture de la succession. « Donc il a précédé la cessation des payements. » Mais on répond : « Pour que le partage puisse avoir cet effet de « remonter au jour de la succession, c'est-à-dire pour qu'il « soit déclaratif, il faut qu'il soit valable ou que le failli ait eu « le droit de le faire. » C'est donc de la validité ou de la *cause* même de l'acte qu'il s'agit d'abord. Ce serait évidemment renverser toutes choses que de faire passer la conséquence avant le principe, l'effet avant la cause. Ce serait comme une pétition de principe.

Ainsi, comme le dit si judicieusement M. Demangeat dans ses *Notes sur Bravard-Veyrières* (t. V, p. 266) : « La circon- « stance que le partage est déclaratif n'empêche pas qu'il « ne soit un acte à titre onéreux. Il semble donc que l'ar- « ticle 447, et d'après son esprit et d'après son texte, s'ap- « plique au partage, comme à tous les actes non compris « dans la disposition de l'article 446. La transaction aussi, « elle, est déclarative et non pas attributive, en ce qui con- « cerne les objets litigieux; et cependant, on n'oserait pas, « sans doute, dire que la transaction faite par le commer-

Digitized by Google

« çant qui avait cessé ses payements doit rester en dehors « de l'application de l'article 447. En conséquence, n'était « la disposition de l'article 882 *in fine* du Code Napoléon, « je n'hésiterais pas à déclarer applicable au partage notre « article 447. Même au point de vue du droit civil pur, on « discute sur la portée de cet article 882 *in fine*. J'admets « qu'il signifie qu'en principe un partage ne peut pas être « attaqué par les créanciers d'un copartageant comme ayant « été fait en fraude de leurs droits ; qu'ainsi il contient une « dérogation à la règle de l'article 1167, dérogation indiquée « dans ce dernier article lui-même (v. M. Demolombe, *Suc-* « *cessions*, t. V, n° 241). Reste à savoir si la dérogation faite « à la règle de l'article 1167 doit être considérée comme « faite aussi à la règle (règle différente, nous le savons) de « l'article 447. Je suis disposé à répondre négativement. « D'une part, les tribunaux n'annuleront le partage qu'autant « qu'il leur sera démontré que les autres copartageants ont « connu la cessation des payements, et que le partage a été « fait de telle manière qu'il en résulte un préjudice pour la « masse de la faillite : ainsi, les copartageants ne seront at- « teints que dans un cas où ils méritent réellement peu « d'intérêt : connaissant la cessation de payements de leur co- « propriétaire, ils devaient appeler ses créanciers à figurer aux « opérations du partage. D'autre part, les créanciers de celui « qui a cessé ses payements ne forment pas encore une masse « dont l'intérêt collectif soit défendu par un agent spécial ; « ces créanciers sont souvent très nombreux, et parmi eux « il en est beaucoup qui peuvent ignorer la situation de leur « débiteur, et qui n'auront même pas l'idée de former op- « position au partage. De même que la loi commerciale pro- « tège, en général, les créanciers en leur donnant mieux que « le bénéfice de l'article 1167 du Code Napoléon, de même « on comprend que, dans le cas spécial où ils sont lésés par « un partage, elle ne les soumette pas à l'application de l'ar- « ticle 882 du même Code. »

Mais puisqu'il faut savoir au fond ce que c'est qu'un acte de partage, voyons donc ce qu'il est au fond :

M. Bédarrides dit ceci : « Le failli qui fait un partage avec « ses cohéritiers ne les a jamais eus pour créanciers. Ils n'ont « reçu dans le partage que ce que la masse elle-même eût

Digitized by Google

« été obligée de leur donner. Elle serait donc mal venue à « parler d'une égalité qui était impossible. D'autre part, le « gage des créanciers n'a pas été diminué. Si le partage a « privé le failli de tous droits sur les lots de ses copartageants, « il lui a confié la propriété exclusive des choses tombées « dans son lot. Il a donc reçu l'équivalent de ce qu'il a « donné. »

S'il a reçu l'équivalent de ce qu'il a donné, c'est ce qui se passe dans la vente et dans l'échange qui sont, par excellence, des actes à titre onéreux. Le vendeur et l'échangiste reçoivent l'équivalent de ce qu'ils vendent ou cèdent. Le partage est donc absolument identique dans sa nature à l'échange, et c'est sous ce rapport que les Romains, qui se connaissaient si bien en fait d'actes civils et qui savaient si bien distinguer la nature et l'essence des contrats, tenaient le partage pour un acte semblable à l'échange. Il faut voir avec quelle précision et quelle rigueur mathématiques ils ont déterminé le caractère et la nature de l'acte de partage.

Dans le principe, d'abord, on avait douté : le partage devait-il être considéré comme *attributif* ou, au contraire, comme *déclaratif* de propriété ? Les Sabiniens et les Proculéiens s'étaient divisés sur ce point. Les uns tenaient pour le partage déclaratif, les autres pour le partage attributif. Mais le jurisconsulte Labéon, réfutant, dans la loi 31 du titre *De usu et usufructu*, (Dig., XXXIII, 2), l'opinion du jurisconsulte Trébatius, nous apprend que la doctrine qui avait prévalu était celle suivant laquelle le partage était *attributif*.

Dans ce texte véritablement remarquable, le jurisconsulte suppose un fonds appartenant par individis à Primus et à Secundus. Secundus, dans son testament, lègue à sa femme l'usufruit de ce qu'il a dans ce fonds. A sa mort, son héritier, qui est nu-propriétaire pour une moitié indivise avec Primus, veut sortir d'indivision, et, en conséquence, il se fait donner l'action *communi dividundo*. Le juge de cette action tire une ligne droite sur le champ du nord au midi et fait ainsi deux lots parfaitement égaux. Le lot qui est à droite de cette ligne est attribué à Primus, et le lot qui est à gauche est attribué à l'héritier de Secundus. Mais la question est de savoir de quoi la femme de Secundus aura l'usufruit. Suivant Trébatius, elle aura l'usufruit, pour le tout, du lot échu à l'héritier de

Digitized by Google

Secundus, exactement comme si nous disions aujourd'hui : le lot échu à l'héritier de Secundus est censé avoir appartenu pour le tout à Secundus le testateur, tandis que, au contraire, l'autre lot échu à Primus est censé n'avoir jamais appartenu, pour aucune portion, à Secundus. Par conséquent, si le lot échu à l'héritier de Secundus a seul appartenu à Secundus, Secundus n'a pas pû grever d'usufruit autre chose que ce lot. Voilà donc une application remarquable de cette idée que le partage est *déclaratif* de propriété. Certainement, chez nous, avec l'article 883 du Code civil, nous donnerions cette décision.

Mais voici maintenant ce qu'ajoute Labéon : « *Ego hoc* « *falsum puto.* Quant à moi, je regarde cela comme une er- « reur. En effet, avant que l'action *communi dividundo* ne « fût exercée, la femme avait l'usufruit portant *pro indiviso* « sur le fonds tout entier. »

Ainsi, le testateur, Secundus, dans la réalité, avait un droit qui planait sur le fonds entier; seulement, sur chaque parcelle, sur chaque molécule du fonds, il trouvait le droit de Primus de son copropriétaire. Donc, chaque molécule du fonds, prise en elle-même, appartient pour moitié à Primus et à Secundus. Mais, puisque Secundus avait ainsi, en réalité, avant le partage, cette moitié indivise du fonds, il a pu la grever parfaitement d'usufruit au profit de sa femme. Donc la femme de Secundus a l'usufruit de chaque molécule du fonds, mais seulement pour moitié de cette même molécule. Elle a un usufruit qui grève tout le fonds et non pas seulement une partie divise de ce fonds, mais un usufruit qui ne grève chaque molécule du fonds que pour moitié. Voilà l'effet du legs d'usufruit qui a été fait à la femme de Secundus. S'il en est ainsi, le juge de l'action, *communi dividundo* procédant au partage entre Primus et l'héritier de Secundus n'a pas pu changer le droit d'un tiers, c'est-à-dire le droit d'usufruit qui appartient à la femme. Ainsi, il n'a pas pu, en scindant le fonds en deux parties divises et attribuant l'une à Primus et l'autre à l'héritier de Secundus, il n'a pu, dis-je, modifier le droit d'usufruit de la veuve de Secundus. Donc, après comme avant le partage, la veuve de Secundus à qui a été légué l'usufruit par son mari Secundus, aura un usufruit s'exerçant sur le fonds tout entier, mais ne

Digitized by Google

grevant que la moitié de chaque molécule, c'est-à-dire un usufruit pour moitié indivise du fonds tout entier, et le jurisconsulte termine en disant : « *Quod et receptum est; c'est là l'opinion qui a prévalu.* » C'est-à-dire que les Romains considèrent le partage comme *translatif*, *attributif* de propriété, et non pas comme *déclaratif*.

Et voici comment, en effet, il y a, dans le partage, une véritable attribution de propriété, un véritable échange.

Au moment ou le *judex* prononce *l'adjudicatio*, Primus est propriétaire de tout le fonds pour moitié indivise. Le juge dit : « Je tire une ligne du nord au midi, et je veux que « Primus ait tout ce qui se trouve à l'ouest, à droite de cette « ligne, tandis que l'héritier de Secundus aura tout ce qui se « trouve à gauche, c'est-à-dire à l'est de cette même ligne. » Qu'est-ce à dire? C'est qu'il y a eu, entre les deux propriétaires, un véritable échange. Dans la moitié divise occidentale, avant le partage, les deux copropriétaires avaient un droit égal portant sur chaque molécule. Eh bien ! Secundus abandonne le droit qu'il avait dans cette moitié divise. Que lui donne-t-on en échange ? On lui donne la moitié indivise qui appartient à Primus dans la moitié orientale qui lui appartenait sur chaque molécule indivise, de sorte que c'est un véritable échange. Or, de cette manière, chacun d'eux devient propriétaire d'une chose qui ne lui appartenait pas. C'est donc une propriété nouvelle qu'il acquiert, qui lui est attribuée, mais sans effet rétroactif. C'est une attribution de propriété que le juge fait à l'un et à l'autre. Donc, puisque c'est une attribution de propriété, comme le dit le texte, le droit d'usufruit appartenant à un tiers ne doit pas être modifié par cet échange entre les deux propriétaires, comme il en serait de même d'une hypothèque que l'un des copropriétaires aurait consentie sur le fonds avant le partage.

Donc le partage n'est, au fond, qu'un échange et conséquemment un acte *à titre onéreux* comme la vente.

Ne dirait-on pas, d'après M. Bédarrides et la Cour de Colmar, que, grâce à la fiction de rétroactivité, le partage ne peut jamais nuire aux créanciers du copartageant qui a cessé ses payements, et cela parce qu'il n'y a pas le moindre rapport de créance et de dette entre les copartageants? Est-ce que la loi commerciale n'a pas édicté, dans les articles 446

Digitized by Google

et 447, des dispositions pour que, d'une façon ou d'une autre, l'actif du failli ne soit pas diminué, et ne peut-il pas être diminué par le failli copartageant, s'il fait à ses copartageants des concessions trop faciles ou des renonciations occultes et dissimulées? Est-ce que le partage, comme dit encore M. Demangeat, ne peut pas être fait de manière à nuire aux créanciers du copartageant qui a cessé ses payements, tout comme une vente ou un échange peut être fait de façon à nuire aux créanciers du vendeur ou de l'échangiste? M. Demolombe regarde cela comme évident et s'exprime ainsi :

« Il est manifeste d'abord que les droits des créanciers « d'un copartageant peuvent être lésés par un partage, dans « lequel leur débiteur est intéressé, et cela de plusieurs ma- « nières : soit qu'on attribue à leur débiteur une part « moindre que celle qui doit lui revenir; qu'on le soumette « à un rapport qu'il ne doit pas; qu'on le grève d'une soulte « exagérée ou tout à fait indue, ou que l'on attribue à ses « copartageants des prélèvements sans cause, soit que l'on « compose son lot uniquement de biens meubles, plus faciles « à détourner et à soustraire à leurs poursuites, soit enfin « que l'on fasse tomber dans le lot de ses copartageants des « immeubles sur lesquels il leur avait consenti des hypothè- « ques ou d'autres droits qui vont se trouver résolus par « l'effet déclaratif du partage (art. 884). Il était donc indis- « pensable de procurer aux créanciers des copartageants un « moyen d'empêcher les fraudes de ce genre. »

Le partage peut donc, comme tout autre acte à titre onéreux, nuire aux créanciers du copartageant failli et cela suffit pour que l'actif du failli soit diminué aux dépens de la masse qui, par le fait de la cessation de payements de son débiteur, a dû compter sur l'actif tel qu'il était au moment de cette cessation de payements et qui doit rester intact.

M. Bédarrides est en contradiction évidente avec lui-même. Il commence par affirmer qu'en fait le partage ne peut pas nuire à la masse, et un peu plus bas il dit : « Vainement les « créanciers exciperaient-ils d'un préjudice; vainement le « justifieraient-ils. Le partage serait maintenu, quelque pré- « judiciable qu'il pût être pour le créancier. »

Si le gage des créanciers ne peut jamais être diminué, s'il ne peut, en aucun cas, y avoir préjudice pour les créanciers

Digitized by Google

dans l'acte de partage, comment donc les créanciers pourraient-ils justifier du préjudice? Et cependant M. Bédarrides reconnaît l'existence possible d'un préjudice, puisqu'il admet le partage comme inattaquable, bien que les créanciers *justifient* du préjudice, quelque grave qu'il soit.

Ainsi, l'acte de partage est un acte *à titre onéreux* comme l'échange et la vente. Sa condition fictive de rétroactivité est en dehors de sa nature qui, en fait comme en droit, en raison écrite surtout, est un acte *à titre onéreux*, conséquemment annulable aux termes de l'article 447.

Ne sait-on pas, d'ailleurs, que la fiction de rétroactivité n'a été créée par le droit français qu'en vue de prévenir les procès de récursion dont le sein des familles pourrait être déchiré par suite des droits d'hypothèque ou d'usufruit consentis par des héritiers sur les biens indivis? C'était la spécialité de cette fiction et, en dehors de cette spécialité, cette anomalie ne saurait prêter matière à des doctrines étrangères à son caractère.

En entrant donc dans les entrailles mêmes du partage, en sondant sa nature, on voit qu'il est foncièrement, essentiellement un acte *à titre onéreux*. Et qu'importe la fiction de rétroactivité? Que préjuge-t-elle sur la nature et l'essence de l'acte auquel elle a été assortie? Ne confondons pas ici la *cause* et l'*effet;* si l'acte de partage a pour effet de rétroagir à l'ouverture de la succession, cela ne peut pas faire qu'il ne soit un acte qui, n'étant pas à *titre gratuit*, doit être, aux termes des articles 446 et 447 du Code de commerce, un acte *à titre onéreux* comme la transaction qui, elle aussi, étant comme le partage, *déclarative*, n'en est pas moins incontestablement un acte *à titre onéreux*.

L'acte de partage, accompli dans les conditions déjà posées plus haut, est donc annulable sans autre condition que sa confection après la cessation de payements et la connaissance, par le tiers, de ladite cessation de payements. C'est ce qui résulte du remarquable rapport de M. le conseiller Dumon qui précède l'arrêt de la Cour suprême du 11 décembre 1876 et qui pose si nettement les principes de la matière.

Digitized by Google

IV

Cela posé, il faut en faire l'application à notre espèce. La première condition, la préexistence de la cessation de payements, était acquise. Pour la seconde, c'est-à-dire la connaissance que la veuve devait avoir de l'état de cessation de payements de son fils, elle n'était pas moins certaine. — Quand on voit, en effet, ce notaire se livrer d'une façon si ostensible, on pourrait dire scandaleuse, cynique aux opérations de commerce; — quand on le voit perdre le sens moral de cette magnifique profession notariale qui jadis était une magistrature de famille et comme un sacerdoce, car c'est bien ainsi que la loi organisatrice de ces belles fonctions l'avait compris; — quand on voit ce notaire souscrire des emprunts pour payer sa mère d'une somme de 15,000 francs qu'il n'a pas; et quand on voit cette mère consentir, pour aider son fils, à la subrogation de son hypothèque légale, chose pour laquelle les femmes ont, en général, une répulsion presque invincible; — quand ce notaire avait donné un tel développement à ses opérations qu'il était en compte courant avec une maison de banque pour des sommes importantes et que son débit a pu s'élever au chiffre exorbitant de 62,833 francs; — quand on voit que les garanties des emprunts faits à cette maison de banque ont été fournies par la mère, ainsi que cela résulte du jugement déclaratif de faillite qui proclame le concert entre le fils et la mère en constatant qu'ils retiennent par devers eux des documents qu'ils ont, dit-il, intérêt à ne pas communiquer; — quand on voit la mère et le fils souscrire ensemble une ouverture de crédit de 30,000 francs chez un banquier; — quand on voit près d'un an avant la cessation des payements ce notaire assailli, écrasé de jugements et au tribunal civil et au tribunal de commerce de son arrondissement; — quand il ne payait ni ses fournisseurs, ni sa domestique et qu'il devait 500 francs à son bottier; — quand sa détresse était notoire, les dettes criardes ne sont pas muettes apparemment, quand on voit la mère et le fils prolonger, sans motifs avouables, leur indivision et que, en fin de compte, on les voit procéder au partage sous seing privé rendu public, partage dans lequel on estime les biens à vol d'oiseau, pour ainsi dire, on les évalue en bloc au lieu d'en suivre avec soin

Digitized by Google

les détails et de bien déterminer leur valeur, c'est là un acte que la décision judiciaire qualifiera de pacte de famille sérieux au-dessus de tout soupçon de collusion frauduleuse de la part des copartageants !

Mais, comme la mère n'avait pas pu obtenir de son fils le payement de sa créance de 15,000 francs, et que, pour s'en faire payer, elle avait été forcée de faire cession de sa créance avec subrogation à son hypothèque légale, elle avait donc bien constaté tout au moins la cessation de payements de son fils vis-à-vis d'elle. Il fallait qu'il fût, à ses yeux, bien obéré pour ne pas la payer, elle, sa mère; et quand elle souscrivait l'ouverture de crédit de 30,000 francs pour son fils, elle constatait bien encore un fait confirmatif de la cessation de payements, non judiciairement reconnue sans doute, mais réelle et flagrante cependant.

Et la décision judiciaire n'en dit pas moins, cependant, que *rien* ne prouve dans la cause qu'au 12 octobre 1874, au moment du partage, la mère copartageante eût connaissance de l'état de cessation de payements dans lequel se trouvait celui avec lequel elle partageait; que tout tend même à faire croire que, si elle le savait *obéré* ou tout au moins momentanément gêné dans ses affaires, elle était *loin* de se douter qu'après un long exercice des fonctions notariales, il en était arrivé à forfaire à tous ses devoirs professionnels, et s'était mis dans le cas d'encourir une déclaration de faillite.

Ce que la décision judiciaire n'a pas remarqué dans l'espèce, c'est que la mère, copartageante, était veuve d'un notaire qui, ayant loyalement exercé sa profession, n'était pourtant parvenu qu'à une honnête aisance, ce qui devait la convaincre qu'en exerçant d'une façon toute contraire son notariat, son fils ne pouvait aboutir qu'à la ruine, qu'elle ne connaissait que trop par les appels fréquents de fonds ou de garanties que lui adressait son fils. Eh! qui ne sait d'ailleurs que les femmes, les mères surtout, sont, dans leur sollicitude en pareils cas, toujours portées à exagérer le danger et les résultats des positions obérées!! Et la décision judiciaire affirme trop haut que ce notaire avait *forfait à tous ses devoirs professionnels* pour que la mère, veuve d'un notaire honnête, n'en eût pas été, plus que tout autre, frappée et n'en eût pas été profondément impressionnée, convaincue et affligée.

Digitized by Google

Autant la décision judiciaire nous a paru rassurée sur l'ignorance de la mère copartageante, quant à la cessation de payements de son fils, autant nous sommes convaincu de la connaissance qu'elle avait de cette cessation notoire de payements, et, loin de voir ici ce pacte solennel et sérieux de famille dont on parle, nous sommes porté à nous écrier à la vue de ce contrat : « *Fraus facilè præsumitur inter pro-* « *pinquos.* »

Mais ce n'était pas, encore un coup, de la *fraude* dont il était ici besoin pour faire droit aux griefs de la masse; c'est un diminutif de la fraude, c'est-à-dire la *mauvaise foi*, qu'il faut. — Or, la mère connaissait mieux que personne, pour ne s'y être que trop associée, la cessation juridique de payements de son fils, et, traitant dans ces conditions avec lui, elle était en état complet de mauvaise foi, et cela suffit, comme le dit M. le conseiller Dumon[1], pour rendre le partage annulable et pour l'annuler si les juges le veulent ainsi en vertu de leur pouvoir à cet égard.

Est-ce que, dans notre espèce, la mère, saturée de la connaissance de l'état exagéré de faillite dans lequel était son fils, n'aurait pas dû s'abstenir de faire avec lui ce prétendu partage du 12 octobre, avant tout au moins d'en avoir informé quelques-uns des nombreux créanciers de son fils? — Est-ce que, si elle n'avait pas été de si mauvaise foi, elle n'eût pas attendu que le syndic de la faillite et elle eussent procédé à l'étude comme à la solution d'une situation si délicate, au lieu d'aller traiter ainsi toutes choses clandestinement sous le manteau de la cheminée, en pleine connaissance de l'état notoire de cessation de payements?

Voilà ce que la loi commerciale réprouve et rend annulable, à la différence grande de la loi civile qui n'accorde même pas le bénéfice de l'action paulienne de l'article 1167 aux créanciers qui n'ont pas eu la vigilance de former opposition au partage avant qu'il ne se fît, conformément à l'article 882.

V

Et c'est ici que la décision judiciaire nous paraît avoir com-

[1] V. le remarquable rapport de M. le conseiller Dumont et l'arrêt conforme qui l'a suivi : Dalloz, R. P., 1877, 1re partie, p. 360.

Digitized by Google

mis une erreur de droit considérable. Elle applique systématiquement le droit commun de l'article 882 du Code civil au droit commercial, ne faisant entre eux aucune distinction. et, dans le premier de ses considérants, elle dit : « *Que le* « *syndic paraît avoir renoncé à attaquer le partage au point* « *de vue de la* FRAUDE ; *que, d'ailleurs* ET EN DROIT, *il serait* « *irrecevable dans son action, aux termes du principe formel* « *édicté par l'article* 882 *du Code civil, en vertu duquel le* « *partage consommé est à l'abri des attaques des créanciers,* « *lorsque ceux-ci ne sont pas opposés à ce qu'il y fût procédé* « *hors de leur présence, alors surtout qu'il est sérieux et que* « *rien ne justifie une collusion frauduleuse de la part des copar-* « *tageants.* »

Non, sans doute, le créancier civil n'est pas recevable à attaquer le partage consommé; mais en est-il de même du créancier commercial? — Comment ce dernier aurait-il pu former opposition au partage, lorsque la masse dont il fait partie et dont l'intérêt collectif doit être défendu par un agent spécial, le syndic, n'est pas formée, lorsque, à la différence du créancier civil, qui, lui, est presque toujours sur place et peut surveiller son débiteur dont il a volontairement suivi la foi, l'autre créancier est au loin et a été forcé de suivre la foi de son débiteur?

Sans doute, l'article 882 est une dérogation *textuelle* à l'article 1167; mais est-il aussi une dérogation implicite à l'article 447 du Code de commerce? L'action de l'article 1167 est si différente de l'article 447! — Et, d'ailleurs, la loi commerciale dispense le créancier commercial d'arguer de *fraude* l'acte à titre onéreux; il lui suffira de l'arguer de mauvaise foi par le seul fait de la connaissance qu'aura eu le tiers de la cessation de payements. C'est évidemment en vue de faciliter l'attaque du créancier commercial contre l'acte à titre onéreux consommé! Mais parce que la loi a voulu favoriser le créancier commercial en lui ouvrant la voie de l'attaque pour mauvaise foi, elle ne l'a pas privé de l'attaque, bien plus difficile, pour fraude contre l'acte à titre onéreux. — Si la loi a voulu accorder cette facilité au créancier commercial c'est donc qu'elle n'a tenu nul compte de l'article 882 qui refuse même l'attaque pour fraude. Donc, si l'article 882 n'est pas applicable au cas d'attaque de mauvaise

Digitized by Google

foi, il l'est bien moins, *à fortiori*, au cas d'attaque pour fraude. — La loi accorde au créancier commercial mieux que le bénéfice de l'article 1167; *à fortiori* lui accorde-t-elle ce bénéfice-là lui-même. Mais ce créancier commercial de la faillite n'ira pas s'exposer à arguer d'une fraude, toujours difficile à prouver, un acte de partage, quand l'article 447 lui offre la voie facile et simple de faire tomber le partage en prouvant uniquement que celui qui a traité avec le failli savait qu'il était en état de cessation de payements.

Voici ce que disent là-dessus MM. Alauzet et Bravard-Veyrières :

M. Alauzet (t. VI, p. 178) s'exprime ainsi :—« Aux termes « de l'article 1167 du Code civil, les créanciers peuvent, en « leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur dé- « biteur, en fraude de leurs droits : C'est une règle de droit « commun que la législation des faillites a eu pour but d'é- « tendre dans les cas qu'elle a prévus, bien loin de la res- « treindre en aucune circonstance. L'article 1167 du Code « civil peut donc toujours être invoqué sans tenir aucun « compte de la loi des faillites.

« Mais la fraude n'existe que s'il y a eu manœuvres dé- « loyales employées par le créancier pour se faire avantager « au détriment de ses cocréanciers, et elle ne pouvait résulter « de la simple connaissance qu'avait le créancier du mau- « vais état des affaires de son débiteur; l'article 447 du Code « de commerce a donc été nécessaire pour ouvrir aux créan- « ciers une action en nullité, que ne leur accordait pas le « droit commun. »

Bravard-Veyrières (t. V, p. 258) est bien autrement encore explicite : — « On ne pouvait pas, dit-il, laisser pure- « ment et simplement sous l'empire du droit commun les « actes que le débiteur a faits depuis la cessation de ses « payements. Astreindre les créanciers qui voudraient ob- « tenir l'annulation de ces actes à prouver que le débiteur « les a faits en fraude de leurs droits et que les tiers auxquels « il a fait des payements ou avec lesquels il a contracté « étaient complices de cette fraude, c'eût été méconnaître « les exigences de leur situation et imposer aux créanciers « des conditions trop difficiles à remplir. Aussi, a-t-on, en « quelque sorte, adopté un terme moyen. On a dispensé les

Digitized by Google

« créanciers de toute espèce de preuve à l'égard du débiteur « qui ne peut, lui, ignorer la cessation de ses payements, « laquelle est son fait, et, à l'égard des tiers, on a seulement « astreint les créanciers à prouver que ces tiers connais- « saient la cessation des payements au moment où ils ont con- « tracté avec le débiteur ou bien où ils ont reçu de lui. On « a donc fait dépendre la nullité, non pas de la preuve *de la* « *fraude*, mais uniquement de la preuve de la mauvaise foi « des tiers, c'est-à-dire de ce fait qu'ils connaissaient la ces- « sation des payements; en d'autres termes, qu'ils ont com- « mis sciemment une infraction à la règle de l'égalité qui « doit exister entre les créanciers. »

Voilà les vrais principes de la matière et que M. le conseiller Dumon a si bien exposés à son tour dans le remarquable rapport qui précède l'arrêt de la Cour suprême qui les a consacrés.

Les créanciers de la faillite n'ont donc pas à aller, comme le voudraient certains esprits, arguer de fraude l'acte de partage. Les créanciers n'ont nullement besoin de recourir au droit commun, et, au cas où ils voudraient même arguer de fraude le partage, on ne saurait davantage leur opposer l'article 882, qui n'est ici d'aucune application. En effet, de ce que cet article 882 est une dérogation au droit commun de l'article 1167 (ce qui est même controversé), il ne s'ensuit nullement qu'il déroge aussi aux articles 446 et 447 du Code de commerce et qu'en conséquence les créanciers d'un failli copartageant ne puissent attaquer un partage consenti par leur débiteur après la cessation des payements qu'autant qu'ils auraient préalablement fait opposition à ce partage. La loi commerciale a organisé, pour les créanciers, un système de garanties et de procédure plus efficace que la loi civile. Il ne faut donc pas y transporter les dispositions par lesquelles le droit civil restreint les garanties, déjà limitées, qu'il accorde aux créanciers. Les créanciers de la faillite n'ont donc qu'une seule condition à remplir, c'est de prouver que le tiers connaissait l'état de cessation des payements du failli quand il a fait avec lui l'acte de partage.

Ce considérant de la décision judiciaire est d'autant plus étrange qu'il est surérogatoire et de luxe, *en droit*, puisque,

Digitized by Google

en fait, la décision reconnaissait « *que le syndic paraissait* « *avoir renoncé à arguer de fraude le partage.* »

Il en est de même du considérant qui suit. On y dit que « *les articles* 446 *et* 447 *consacrent une dérogation exception-* « *nelle au principe général de l'article* 443 *du même Code,* « *d'après lequel le jugement déclaratif de faillite emporte, de* « *plein droit et à partir de sa date, le désaisissement, pour le* « *failli, de l'administration de ses biens.* »

Les articles 446 et 447 ne sont pas, le moins du monde, une exception à l'article 443. Car rien n'est plus différent en soi que la cessation de payements et le jugement déclaratif. Jadis, ils étaient en quelque sorte confondus; ils sont, d'après la nouvelle loi, parfaitement distincts. — La cessation de payements et le jugement déclaratif sont deux phases bien diverses de la faillite, et chacune d'elles a sa vie et ses conséquences propres, sans que les unes soient une dérogation plus ou moins exceptionnelle à la vie et aux conséquences de l'autre. — Chacune a ses effets personnels, sans qu'ils puissent être considérés comme une dérogation au principe de l'autre. Et, d'ailleurs, qu'est-ce que cette prétendue dérogation peut apporter de poids dans la solution de la question? Que ces articles soient ou non une dérogation exceptionnelle à l'article 443, cela ne fera pas que l'acte *à titre onéreux* du failli ne soit annulable au cas de la connaissance par le tiers de l'état de cessation de ses payements.

« *Considérant*, dit encore la même décision, *que les arti-* « *cles* 446 *et* 447 *énumèrent avec soin, en distinguant les actes* « *à titre gratuit et les actes à titre onéreux, tous les actes* « *auxquels ils s'appliquent, sans comprendre nominativement* « *les partages dans cette longue nomenclature; que ce défaut* « *de désignation, étant donné le caractère exceptionnel des* « *dispositions dont l'application est demandée, suffirait, à lui* « *seul, pour justifier la décision des premiers juges qui les a* « *déclarées inapplicables.* »

Les articles 446 et 447 « *énumèrent*, dit-on, *en distinguant* « *entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, tous* « *les actes auxquels ils s'appliquent.* » — Mais où donc a-t-on vu cette *énumération?* — Une énumération d'actes! Mais il n'y en a pas l'ombre même dans les deux articles cités. « *Sans* « *comprendre nominativement les partages dans cette* LONGUE

Digitized by Google

« NOMENCLATURE ! » — Ne dirait-on pas que ces articles ont énuméré la vente, l'échange, le louage, le contrat de société, de prêt, de dépôt, de séquestre, les transactions, tous les actes *à titre onéreux* d'une part, les testaments, les donations, tous les actes de libéralités et autres actes à titre gratuit d'autre part, et que, dans cette *longue nomenclature*, le partage brille par l'absence de sa désignation nominative?? — Mais il faut remettre ici, sous les yeux du lecteur, le texte desdits articles pour faire plus vivement ressortir l'étrange inexactitude de la décision judiciaire et l'abus plus étrange encore des mots.

« Art. 446. — Sont nuls et sans effet, relativement à la « masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis « l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de « la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui « auront précédé cette époque : tous actes translatifs de pro- « priété mobilière ou immobilière à titre gratuit; — tous « payements, soit en espèces, soit par transport, vente, com- « pensation ou autrement, pour dettes non échues et, pour « dettes échues : — tous payements faits autrement qu'en es- « pèces ou effets de commerce ; — toute hypothèque conven- « tionnelle ou judiciaire, — et tous droits d'antichrèse ou de « nantissement constitués sur les biens du débiteur, pour « dettes antérieurement contractées. »

« Art. 447. — Tous autres payements faits par le débiteur « pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par « lui passé après la cessation de ses payements et avant le « jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de « la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité « avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation « de ses payements. »

Où donc est l'*énumération ?* Où donc est la *longue nomenclature?* Où donc sont les *nominatives désignations* d'actes, pour s'étonner que l'acte de partage n'y soit pas, lui aussi, *nominativement désigné* comme et avec les autres? — Et pourtant ce défaut de *désignation nominative* du partage dans cette *longue monenclature* suffirait à lui seul, dit-on, pour justifier la prétention qui soutient inapplicables les articles 446 et 447 !

La décision ajoute que « *si l'on considère soit le but que le « législateur a voulu atteindre dans les articles* 446 *et* 447, *soit*

Digitized by Google

« *la nature et le caractère des actes de partage, on reste con-*
« *vaincu que ces derniers n'ont point été compris au nombre des*
« *actes annulés de plein droit par l'article* 446, *ou annulables*
« *sous certaines conditions aux termes de l'article* 447. »

Eh bien ! quel a été le but du législateur dans les articles cités, si ce n'est de sauvegarder l'intérêt et l'actif de la masse des créanciers du failli ? et quel est donc le caractère de l'acte de partage ? quelle est sa nature si ce n'est celle d'un acte *à titre onéreux*, ainsi que nous croyons l'avoir démontré ? Mais il n'est pas d'acte à titre onéreux qui, plus que le partage, soit de nature à favoriser la mauvaise foi des débiteurs et leurs fraudes aux droits de leurs créanciers parce qu'il s'accomplit entre gens intéressés eux-mêmes à sauvegarder la part et portion de leur copartageant, qui est en même temps leur proche parent. M. Demolombe en a d'ailleurs signalé les nombreuses et faciles cavillations. — Et c'est pourtant un tel acte qu'il suffit, dit la décision judiciaire, de considérer dans sa portée naturelle et dans les intentions du législateur pour être convaincu que cet acte n'a pas été compris au nombre des actes nuls de plein droit par l'article 446, ou annulables, sous certaines conditions, aux termes de l'article 447.

Ni nul ni annulable, c'est-à-dire toujours valide, irréprochable, inattaquable, éternel et parfait.

« *Qu'en effet, l'acte de partage, loin d'engendrer entre les co-*
« *partageants les rapports de créanciers à débiteur, comme tous*
« *ceux que la loi commerciale a voulu prévenir et atteindre* (nous
« nous attendions à trouver ici l'énumération et la nomencla-
« ture de cette loi), *ne doit être considéré qu'au point de vue du*
« *pacte de famille, entouré d'une protection toute spéciale par la loi*
« *civile dans son article* 882; *que son effet étant purement décla-*
« *ratif et non attributif de propriété, il n'opère, entre les parties,*
« *ni libéralité, ni payement, ni aliénation; qu'à ce point de vue,*
« *il ne saurait donc être rangé ni dans l'une ni dans l'autre caté-*
« *gorie des actes à titre gratuit et à titre onéreux visés par le Code*
« *de commerce* (visés signifie-t-il énumérés ou nomenclaturés ?)
« *Que c'est donc le cas de dire, avec la jurisprudence et la doc-*
« *trine, qu'il constitue un acte spécial*, sui generis, *qui ne saurait*
« *donner prise à l'action des créanciers autrement que par les*
« *voies ordinaires du droit commun.* »

Digitized by Google

Voilà bien la théorie de M. Bédarrides et de la Cour de Colmar. Elle est même un peu bien exagérée. Comment? parce que le partage est un pacte de famille, il ne faut le considérer qu'à ce point de vue, entouré qu'il est par la loi civile d'une protection spéciale? Et ce sera une raison suffisante pour appliquer l'effet de cette protection, spécial et civil, au droit commercial? Comment! L'acte de partage est bien loin d'engendrer entre les copartageants des rapports de créancier à débiteur et n'opère jamais entre eux ni libéralité, ni payement, ni aliénation! Mais alors pourquoi donc est-il rescindable pour cause de lésion? pourquoi la justice intervient-elle au cas où des mineurs y sont intéressés? et pourquoi le partage se fait-il en justice comme la vente des biens de mineurs? Mais non! L'acte de partage n'est ni à titre gratuit, ni à titre onéreux, ni chair, ni poisson. Il est constitué par la doctrine « *un acte spécial* sui generis *qui ne saurait donner* « *prise à l'action des créanciers que par la voie ordinaire du* « *droit commun.* »

Il est facile de sortir d'embarras dans l'étude d'une question délicate par l'invocation un peu banale de l'*acte spécial et sui generis*. Mais, pourtant, quand la loi dit, en termes aussi généraux que possible, les actes sont pour moi *à titre gratuit* ou *à titre onéreux*, point de milieu, pas d'exception. L'acte est ou non fondé sur ces simples mots : *do ut des*, c'est-à-dire est gratuit ou non. Peut-on venir poser de son chef une exception sans prouver que l'acte n'est ni l'un ni l'autre à ce point de vue? Mais il n'est pas d'acte au monde auquel soit plus évidemment applicable qu'au partage cette locution significative *do ut des*. C'est comme si la loi disait : Les actes sous seings privés sont nuls de plein droit, tous actes authentiques sont annulables; il serait bien facile de dire qu'il est des actes qui ne sont ni l'un ni l'autre, qu'ils sont *spéciaux* et *sui generis*, mais de le prouver, ce serait moins facile. De même, si la loi disait : Les contrats sont verbaux ou écrits; les premiers seront nuls de plein droit, les autres seront annulables, dirait-t-on avec raison qu'il est des contrats qui ne sont ni l'un ni l'autre et sont des contrats spéciaux *sui generis?* Ce serait une théorie commode de créer, de par son seul caprice, des exceptions repoussées par la loi dans une règle générale qui n'en peut ni n'en veut admettre.

Digitized by Google

Et la conclusion définitive de notre décision judiciaire est que l'acte de partage ne saurait donner prise à l'action des créanciers de la faillite autrement que par les voies du droit commun, c'est-à-dire que, s'ils n'ont pas formé opposition à un partage qu'ils ne pouvaient, en aucune façon, prévoir et auquel la masse seule, représentée par un syndic qui n'existait pas encore, aurait formé une opposition impossible, ils sont déchus de tout droit aux termes de l'article 882 du Code civil.

Ainsi, dans ce système-là, il n'y a nulle distinction à faire entre le créancier civil ordinaire et le créancier commercial, le créancier d'un débiteur en faillite et le créancier d'un débiteur en *déconfiture*, le droit civil et le droit commercial, c'est *unum et idem*, confusion complète. Mais, pourtant, voici ce qui arrive : le débiteur d'un failli le paye avant l'échéance et depuis la cessation de payements, le payement est nul de plein droit (art. 446), et ce débiteur payera deux fois, puisque, au lieu de payer au syndic, il a voulu payer avant l'échéance de sa dette au débiteur failli. Et si le débiteur civil paye avant son échéance sa dette au créancier obéré et en déconfiture, il aura bien et dûment payé. Et pourquoi cette différence énorme? Pourquoi? C'est que, dans le droit civil, en droit commun, comme le disent si bien MM. Delamarre et Lepoitvin, « *jura vigilantibus prosunt* et que, en recevant son « dû, même avant terme, le créancier en déconfiture n'a « rien fait contre la loi naturelle à laquelle la loi civile est « conforme en ce point, en un mot, *in rei veritate*, il n'est « jamais injuste qu'un créancier légitime soit payé. Pour- « quoi donc la nullité du payement reçu et cette obligation « de payer deux fois? Par la double raison que, en général, « les commerçants ne payent pas avant l'échéance et qu'il « n'est pas absolument impossible que le débiteur ait eu con- « naissance de la cessation de payements de son créancier. »

Bravard-Veyrières (t. V, p. 201) expose les raisons puissantes sur lesquelles repose l'énorme distinction qui doit exister entre le droit commun et le droit commercial : « La « cessation de payements, dit-il, est un fait en dehors du « droit commun et qui, par conséquent, ne devrait pas être « régi purement et simplement par les dispositions de ce « droit. Mais, pour bien se rendre compte des différences

Digitized by Google

« qui se rencontrent entre la situation dont il s'agit et les « cas ordinaires, il faut comparer entre elles la position res- « pective d'un débiteur ordinaire et de ses créanciers et la « position respective d'un commerçant et de ses créanciers ». Et suit ici la comparaison faite par l'auteur entre les deux situations si profondément dissemblables.

Enfin, puisque ce n'est que l'article 882 qui doit régir et les intérêts civils et les intérêts commerciaux en matière de partage, un failli pourra impunément, au moyen du partage, faire disparaître à sa volonté son actif par de frauduleuses renonciations et par tous les moyens indiqués par Demolombe; il pourra se jouer, avant comme après sa cessation de payements, de ses créanciers dont la loi commerciale aura vainement voulu sauvegarder les droits. L'acte de partage n'est annulable en aucun cas; il ne peut être attaqué sous aucun rapport, à moins que les créanciers du failli n'aient fait une opposition préalable à un acte qu'il leur était *impossible* de prévoir et même de supposer.

Inutile d'ajouter ici qu'au cas où l'on exigerait la condition surérogatoire d'un préjudice porté aux créanciers pour rendre annulable ou annuler l'acte à titre onéreux, on la trouvait et de reste dans l'espèce, et dans l'estimation *in globo*, et dans les rapports du fils en moins prenant, et dans le règlement de l'usufruit exorbitamment attribué par le fils à sa mère, et dans l'affectation de ne le faire porter que sur des immeubles, enfin dans bien d'autres considérations de ce genre qui révélaient un concert trop flagrant entre la mère et le fils.

Mais qu'importe tout cela quand, en eussent-ils fait cent fois plus encore, ils pouvaient, de par l'article 882 du Code civil, tel que l'entend et l'applique la décision judiciaire, ils pouvaient le faire impunément et à l'abri de tout reproche comme de toute aggression de la part des malheureux créanciers indignement spoliés?... BOUNICEAU-GESMON.

Digitized by Google

L'ORDRE AMIABLE ET LES MOYENS DE LE RENDRE PLUS EFFICACE,

Par M. Henri Pascaud, juge d'instruction à Sancerre.

Les lecteurs de la *Revue* n'ont certainement pas oublié le remarquable travail sur l'ordre amiable publié, il y a quatre ans, par un de ses collaborateurs les plus distingués. Le sujet peut donc paraître épuisé. Toutefois, comme les moyens d'améliorer cette partie de notre législation varient selon les vues personnelles de ceux qui l'étudient, comme aucun remède d'ailleurs n'a été apporté aux inconvénients que signalait M. Régnault, nous croyons utile de soumettre cette matière à un nouvel examen, sauf à restreindre nos développements dans la mesure strictement nécessaire. Aussi bien l'ordre amiable existe depuis plus de vingt années : le moment semble donc favorable pour apprécier, à l'aide de l'expérience acquise et de la pratique de tous les jours, les effets qu'il a produits. Dans cet ordre d'idées, si nous interrogeons les statistiques de la justice civile de ces dernières années, nous constatons qu'environ les six dixièmes des ordres se règlent amiablement avec des frais peu considérables. Ce sont là, hâtons-nous de le proclamer, des résultats satisfaisants. Est-ce à dire qu'aucune amélioration, qu'aucunes réformes nouvelles ne soient possibles? Tout juge commissaire qui a vu des créanciers ne venant point en rang utile répudier le règlement amiable sans intérêt, sans motif soutenable, dans un but purement vexatoire, ou trafiquer dans des marchés plus ou moins ostensibles d'un consentement qu'ils se faisaient payer à beaux deniers comptants, tout magistrat qui s'est trouvé en face d'êtres moraux, de mineurs, d'incapables dont les représentants légaux refusaient leur adhésion de crainte d'engager leur responsabilité, ou faute des autorisations légales destinées à la couvrir, se chargera de répondre à cette question et estimera, comme nous, qu'il y a lieu de modifier une législation sous l'empire de laquelle de tels faits peuvent se produire.

I

C'est la loi du 21 mai 1858 qui a créé l'ordre amiable.

Digitized by Google

Avant cette époque, le Code de procédure civile n'admettait que l'ordre consensuel qui devait, dans le mois de la signification du jugement d'adjudication ou, en cas d'appel, dans le mois de la signification de l'arrêt confirmatif, être réglé devant notaire par les parties majeures et maîtresses de leurs droits. Si le vœu de la loi ne recevait pas satisfaction, l'ordre judiciaire s'ouvrait ensuite. Cette disposition n'ayant aucune sanction, était rarement exécutée. De là, dans presque toutes les affaires de distribution d'un prix de vente après saisie immobilière, la nécessité pour les créanciers de subir les lenteurs et les frais inhérents aux ordres judiciaires. C'est pour remédier à ces inconvénients que le législateur a institué l'ordre amiable dans un but de célérité, d'économie, de bonne administration de la justice. Le rapporteur du Corps législatif, M. Riché nous révèle ses intentions en ces termes : « Provoquer ce règlement amiable a été l'une des inspirations dominantes de votre commission. Tout la conviait à étudier cette question : — L'exemple de la loi qui a exigé une tentative de conciliation avant d'ouvrir la barrière aux procès; le vœu du législateur, en matière d'ordre, qui impose un délai pendant lequel les créanciers doivent se régler amiablement, les aspirations de l'opinion publique, le précédent des Codes des pays voisins. »

Sans apprécier l'exactitude de cette assimilation de l'ordre amiable au préliminaire de conciliation, et toutes réserves faites à cet égard, nous nous bornerons, quant à présent, à examiner les lois étrangères qui pouvaient servir de modèles à nos législateurs. Deux systèmes se trouvaient en présence. L'un consacré par la loi du canton de Genève et par le Code sarde de 1854 donnait mission au juge-commissaire devant lequel étaient produits les titres et les demandes de dresser un règlement provisoire. Les contestations étaient indiquées sur le procès-verbal, puis les contestants se réunissaient devant le magistrat et discutaient contradictoirement leurs prétentions. Si l'arrangement ne pouvait se conclure, ou s'il n'était que partiel, les points en litige étaient spécifiés d'un commun accord et la décision à rendre était renvoyée au tribunal en audience publique. Cette façon de procéder permettait au juge d'exercer son influence conciliatrice au moment opportun, quand la situation des intéressés lui était

Digitized by Google

complètement connue, et d'écarter aisément toutes les contestations dépourvues d'un caractère sérieux. C'étaient là de grands avantages, mais les parties n'en pouvaient jouir qu'après avoir exposé des frais considérables. L'autre système était celui de la loi belge sur l'expropriation forcée, du 15 août 1854. Plus économique, moins onéreux pour les parties, puisque la tentative d'ordre amiable précédait l'ordre judiciaire, il se recommandait à la commission du Corps législatif par une qualité bien rare et bien appréciable dans les procédures. Aussi fut-il adopté par nos législateurs.

Il y a un véritable intérêt à reproduire textuellement une loi qui a servi de type à celle qui nous régit aujourd'hui. Nous ferons suivre cette citation des articles de notre Code de procédure civile relatifs à l'ordre amiable, et nous serons ainsi en mesure de constater les ressemblances et les différences qui existent entre cette législation et la nôtre. La loi belge est ainsi conçue :

« Art. 102. Dans la quinzaine qui suivra l'expiration du délai énoncé à l'article 53, § 3, si l'adjudication n'est point attaquée, ou dans la quinzaine de la signification du jugement ou de l'arrêt qui aura statué sur la demande en nullité, les créanciers et la partie saisie seront tenus de se régler entre eux sur la distribution du prix.

« Art. 103. Le délai de quinzaine expiré sans arrangement à l'amiable, la partie la plus diligente présentera une requête au président du tribunal qui doit connaître de l'ordre. Ce magistat, sur la minute de cette requête, qui ne sera pas expédiée, ordonnera la convocation des créanciers inscrits, en chambre du Conseil, aux jour et heure qu'il fixera, à l'effet d'amener entre eux un arrangement.

« Il y aura un délai de dix jours au moins et de vingt jours au plus entre l'ordonnance et le jour de la réunion à laquelle seront convoqués les créanciers inscrits, l'acquéreur et la partie saisie.

« Cette convocation sera faite par le requérant par lettres chargées à la poste, huit jours au moins avant celui de la réunion, adressées aux domiciles respectifs, et pour les créanciers inscrits, aux domiciles élus dans les inscriptions.

« Art. 104. Les créanciers chirographaires, réclamant privilège sur l'immeuble, pourront, avant la convocation, for-

Digitized by Google

mer opposition sur le prix, en mains de l'acquéreur ou en celles du greffier du tribunal.

« Les opposants seront convoqués conformément à l'article précédent, et, en tous cas, ils seront admis à la délibération sur l'ordre amiable.

« Art. 105. La réunion pourra être prorogée à dix jours sans plus.

« Art. 106. Si les parties s'accordent sur la distribution du prix, les inscriptions prises du chef des créances qui ne viennent pas en ordre utile, seront rayées en vertu d'une ordonnance du président. Les autres inscriptions seront rayées en vertu des articles 772, 773 et 774 du Code de procédure civile.

« Si l'acquéreur est en retard d'acquitter le prix de vente, l'ordre amiable est rendu exécutoire par le président et le greffier délivre un bordereau à chaque créancier utilement colloqué.

« Faute par les créanciers de s'être réglés entre eux, le président le déclarera par un procès-verbal. Il désignera le juge-commissaire devant lequel il sera procédé à l'ordre, conformément à l'article 752 du Code de procédure civile.

« Art. 107. Néanmoins, l'ordre ne pourra être provoqué s'il n'y a plus de trois créanciers inscrits.

« S'il y a moins de quatre créanciers inscrits, la distribution du prix sera réglée par le tribunal, statuant comme en matière sommaire et urgente, sur simple ajournement signifié à la requête de la partie la plus diligente.

« L'audience ne pourra être poursuivie que sur le certificat du greffier enregistré gratis, constatant l'existence du procès-verbal énoncé en l'article précédent.

« Art. 108. Les créanciers dont l'opposition ou la non-comparution aura empêché la distribution du prix à l'amiable, pourront être condamnés aux frais de l'ordre.

« Art. 109. En cas d'aliénation volontaire autre que par expropriation, le juge-commissaire qui doit procéder à l'ordre sera désigné par le président du tribunal de première instance, à la requête de la partie la plus diligente. »

La loi française s'occupe tout d'abord de la nomination des juges spécialement chargés du règlement des ordres. Elle indique le mode de leur nomination et de leur remplace-

Digitized by Google

ment et les obligations dont ils sont tenus, puis elle détermine de la façon suivante la procédure à suivre pour l'ordre amiable dans le Code de procédure civile :

« Art. 750. L'adjudicataire est tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication dans les quarante-cinq jours de sa date, et, en cas d'appel, dans les quarante-cinq jours de l'arrêt confirmatif, sous peine de revente sur folle enchère. — Le saisissant, dans la huitaine après la transcription, et, à son défaut, après ce délai, le créancier le plus diligent, la partie saisie ou l'adjudicataire dépose au greffe l'état des inscriptions, requiert l'ouverture du procès-verbal d'ordre, et, s'il y a lieu, la nomination du juge-commissaire. — Cette nomination est faite par le président, à la suite de la réquisition inscrite par le poursuivant sur le registre des adjudications tenu à cet effet au greffe du tribunal.

« Art. 751. Le juge-commissaire dans les huit jours de sa nomination, ou le juge spécial, dans les trois jours de la réquisition, convoque les créanciers inscrits, afin de se régler amiablement sur la distribution du prix. — Cette convocation est faite par lettres chargées à la poste, expédiées par le greffier et adressées tant aux domiciles élus par les créanciers dans les inscriptions qu'à leur domicile réel en France ; les frais en sont avancés par le requérant. — La partie saisie et l'adjudicataire sont également convoqués. — Le délai pour comparaître est de dix jours au moins entre la date de la convocation et le jour de la réunion. — Le juge dresse procès-verbal de la distribution du prix par règlement amiable ; il ordonne la délivrance des bordereaux aux créanciers utilement colloqués et la radiation des inscriptions des créanciers non admis en ordre utile. — Les inscriptions sont rayés sur la présentation d'un extrait, délivré par le greffier, de l'ordonnance du juge. Les créanciers non-comparants sont condamnés à une amende de 25 francs. »

« Art. 752. A défaut de règlement amiable dans le délai d'un mois, le juge constate sur le procès-verbal que les créanciers n'ont pu se régler entre eux, et prononce l'amende contre ceux qui n'ont pas comparu. Il déclare l'ordre ouvert et commet un ou plusieurs huissiers à l'effet de sommer les créanciers de produire. Cette partie du procès-verbal ne peut être expédiée ni signifiée.

Digitized by Google

Les mêmes règles sont applicables, lorsque l'aliénation est volontaire. L'ordre, dans ce cas, est provoqué par le créancier le plus diligent ou par l'acquéreur, par le vendeur également, mais seulement lorsque le prix est exigible. Dans tous les cas, l'ordre ne s'ouvre qu'après l'accomplissement des formalités prescrites pour la purge des hypothèques. (art. 772, C. pr. civ.)

La comparaison entre les deux législations est maintenant facile. La loi belge laisse subsister l'ancien ordre consensuel à côté de l'ordre amiable tandis que la loi française l'a aboli, ou plutôt, n'en a pas fait l'objet de ses prescriptions, car il peut toujours avoir lieu entre majeurs. Elle charge le président du tribunal de régler amiablement les prétentions des créanciers, sans doute parce qu'elle lui suppose une influence conciliatrice plus considérable que lui donnerait l'élévation même de ses fonctions. Lorsqu'il n'y a point eu expropriation, comme les ordres sont moins nombreux et que le vendeur volontaire n'a pas besoin d'être entouré d'autant de garanties que le saisi, la législation belge laisse à un juge le soin de procéder à l'ordre amiable. Notre Code de procédure civile confie toujours cette mission à un juge tantôt spécialement chargé du règlement des ordres, tantôt nommé pour chaque affaire. Enfin, alors que la loi étrangère autorise la condamnation aux frais de l'ordre des créanciers dont l'opposition ou la non-comparution ont empêché la distribution du prix à l'amiable, notre législation se borne à édicter une amende de 25 francs contre les non-comparants.

L'ordre amiable implique, d'après sa dénomination même, l'idée de consentement. Il faut donc que ceux qui sont appelés à y participer soient capables de donner leur consentement, ou que, s'ils n'ont pas la capacité requise, s'ils sont mineurs, interdits, êtres moraux, ils puissent y figurer par l'intermédiaire de leurs représentants légaux dûment autorisés. Mais ce consentement doit être unanime, l'adhésion de tous les créanciers est nécessaire pour que le règlement conserve le caractère amiable que lui attribue le législateur, lorsqu'il le place au même rang que l'essai de conciliation. Cette unanimité de consentement n'est pas une des moindres difficultés de la matière. La loi a-t-elle pris toutes les précautions légitimes pour l'obtenir ? N'y aurait-il pas lieu de substituer à

Digitized by Google

un système inefficace, par sa nature même, en bien des cas, un autre mode de distribution des deniers provenant de la vente du gage commun ? Telles sont les questions dont nous allons successivement aborder l'examen.

II

On s'est demandé si la présence d'incapables, de mineurs, d'interdits, de femmes mariées, de communes, de fabriques, d'hospices etc., parmi les créanciers inscrits, suffit pour empêcher l'ordre amiable. La loi belge ne s'explique pas sur la question. La loi française garde le même silence. C'est là une lacune regrettable, il serait superflu de le démontrer. A défaut d'une disposition expresse de la loi qui donne mission aux représentants des incapables de figurer pour eux dans l'ordre amiable, il arrive tous les jours que ceux-ci se présentent devant le juge-commissaire et se bornent à déclarer qu'ils n'ont pas de pouvoirs, ou qu'ils refusent d'adhérer au règlement amiable, de peur d'engager leur responsabilité. Qui pourrait critiquer cette attitude ? Étant donnée l'absence de prescriptions légales et les divergences d'appréciation de la doctrine en cette matière, on ne la conçoit que trop.

Comment expliquer que la loi n'ait pas nettement déterminé le rôle, les obligations et les pouvoirs des représentants légaux des incapables dans l'ordre amiable? Cette insuffisance de notre législation ne devrait pas être mise à la charge de la commission du Corps législatif, d'après le rapporteur : « La loi belge, dit-il, n'a pas prévu le cas où, parmi les créanciers, se trouve un incapable. Votre commission avait considéré le consentement au règlement amiable beaucoup moins comme une transaction que comme un acte d'administration. Le tuteur peut, sous sa responsabilité, aliéner les valeurs mobilières, ne pas produire à un ordre pour une créance qui lui semble perdue; il peut, de même, consentir à un règlement amiable pour empêcher des frais et lenteurs d'ordre judiciaire qui empêcheraient, réduiraient ou retarderaient la collocation de la créance. Le Conseil d'État ayant éliminé cette partie de notre article, l'ordre amiable, devant le juge, sera sans doute considéré sous ce rapport, comme l'est aujourd'hui un acte devant notaire. » Ce langage de la

Digitized by Google

commission ne nous fait point connaître les motifs du rejet par le Conseil d'État de la disposition qu'elle avait présentée. L'a-t-il écartée parce qu'elle était inutile ou parce qu'elle était en désaccord avec les principes généraux du droit? C'est ce que la circulaire ministérielle du 2 mai 1859 et différents auteurs ont recherché et apprécié à divers points de vue.

M. le garde des sceaux s'exprimait ainsi : « Le règlement ne souffre aucune difficulté lorsque le créancier, mineur ou incapable, reçoit son payement intégral; mais s'il ne doit obtenir qu'un remboursement partiel ou s'il ne vient pas en ordre utile, le règlement amiable peut-il aboutir? Le représentant de l'incapable, qui n'a qualité que pour les actes d'administration, peut-il l'accepter sans recourir aux formalités prescrites pour les transactions? C'est une question que la jurisprudence aura à résoudre. Constatons seulement que la commission du Corps législatif a paru considérer le consentement au règlement amiable, beaucoup moins comme une transaction que comme un acte d'administration; *en se bornant à reconnaître l'exactitude d'un fait dont le magistrat seul est appelé à tirer les conséquences, le tuteur n'abandonne ni ne compromet les intérêts dont la gestion lui est confiée.* »

Nous n'avons que deux observations à faire sur la doctrine que consacre le document ministériel. La première consiste à dire qu'il est bien peu conforme aux règles admises pour l'élaboration des lois de laisser à la jurisprudence le soin de poser les principes, alors que sa mission doit se borner à les appliquer et à en déduire les conséquences. N'est-il point regrettable qu'il faille attendre les procès et leurs solutions pour être fixé sur la portée de la loi, tandis qu'il était si facile au législateur d'être complet et explicite? Notre autre observation a pour but de combattre une appréciation inexacte; le point de vue en vertu duquel on considère le consentement à l'ordre amiable comme un acte d'administration nous paraît beaucoup trop absolu.

MM. Ollivier et Mourlon ont examiné la question. La solution qu'ils lui donnent se réfère à trois cas. Dans le premier cas, le mineur est colloqué pour la totalité de sa créance; dans le second, il est primé par des créanciers antérieurs sur les droits desquels il ne peut y avoir contestation et ne reçoit qu'une partie de sa créance; dans le troisième, il ne

Digitized by Google

peut toucher sa créance en entier, parce que certains créanciers, dont la collocation est contestable, ont été admis à l'ordre avant lui. Les deux premières hypothèses ne comportent aucune difficulté. Lorsque le mineur rentre dans l'intégrité de sa créance, c'est un payement qu'il reçoit, et le tuteur a qualité pour l'accepter en son nom. Quand une partie simplement de ce qui lui est dû lui est remboursée par suite de l'antériorité d'autres créanciers, le tuteur peut toucher, à moins qu'on ne considère le contrat formé dans ces conditions comme une transaction. Mais transiger, c'est accorder quelque chose pour obtenir en échange une concession. Ces divers caractères ne se rencontrent pas dans le cas que nous apprécions. « La convention que nous examinons, disent MM. Ollivier et Mourlon, n'est pas une transaction, c'est un acquiescement. Dès lors, pour savoir si le tuteur peut consentir au règlement amiable, il faut déterminer, non s'il peut transiger, comme on l'a fait jusqu'ici, mais s'il peut acquiescer. D'après l'article 464, le tuteur ne peut pas acquiescer quand la demande est immobilière : il le peut quand elle est mobilière (MM. Demolombe, . VII, n° 685; Aubry et Rau, t. I, § 114). Or, la demande à laquelle adhère le tuteur, dans notre espèce, est mobilière, du moins le plus souvent, puisqu'elle a trait à une créance qui est rarement immobilière. Dès lors, il peut consentir à un règlement amiable, même quand le mineur ne reçoit rien ou ne reçoit que partie, dès que l'antériorité des créances qui priment le mineur n'est pas douteuse. » M. Colmet-Daage enseigne la même doctrine.

Le troisième cas, celui où le mineur n'est pas colloqué ou n'est colloqué que partiellement, parce qu'il est primé par des créances dont l'existence ou l'antériorité peuvent être contestées, nous paraît présenter tous les caractères de la transaction, surtout si l'incapable est obligé de sacrifier une partie de ce qui lui est dû pour obtenir le reste. Telle est l'opinion des auteurs précités et aussi celle de M. Flandin (*Revue du notariat*). Quelles seront les formalités qui devront être accomplies pour habiliter le tuteur? L'article 467 du Code civil les détermine : il devra demander l'autorisation du conseil de famille et l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République. Ces principes tutélaires

Digitized by Google

de notre droit peuvent seuls assurer aux incapables les garanties dont ils doivent être entourés. Aussi, même dans l'intérêt du règlement prompt et économique des distributions entre créanciers, n'y a-t-il pas lieu d'en restreindre l'application.

En supposant que les représentants des incapables consentent à participer à l'ordre amiable, si les créances ont une origine immobilière, si une transaction est nécessaire, le temps leur manquera pour accomplir les formalités légales. Il est donc indispensable de combler la lacune qui existe dans la loi. Cette absence de réglementation produit des résultats vraiment déplorables. On dérange, on déplace à grands frais, dix, quinze, vingt personnes, et cela en pure perte, parce qu'une des parties n'a pas la capacité requise pour régler amiablement ses intérêts, parce que son tuteur craint de se compromettre ou que les délais sont insuffisants pour se conformer aux prescriptions protectrices de la minorité. Si l'on pouvait savoir à l'avance que des mineurs seront intéressés dans la distribution du prix d'une vente, il serait beaucoup plus simple de déclarer qu'en ce cas il n'y aura lieu qu'à l'ouverture d'un ordre judiciaire. Mais il est impossible d'être ainsi renseigné préalablement : les convocations se font, il est vrai, au domicile élu dans les inscriptions et au domicile réel des parties ; mais il arrive souvent que, dans le laps de dix ans, les créanciers primitifs disparaissent et sont remplacés par des incapables.

A ce mal, nous ne voyons qu'un remède applicable. Une disposition formelle de la loi devrait déclarer que les représentants légaux des incapables sont aptes, conformément aux principes généraux du droit que nous avons résumés, à figurer ès qualité au règlement amiable. Le juge-commissaire aurait le droit de proroger à trois mois au maximum le délai d'un mois prévu par l'article 752 du Code de procédure, afin de donner aux tuteurs le temps de se pourvoir des autorisations de conseil de famille, des avis de jurisconsultes qui seraient nécessaires, à certains administrateurs les moyens de se procurer les adhésions préfectorales et administratives sans lesquelles ils ne pourraient participer au règlement. Le délai expiré, l'ordre judiciaire serait ouvert de plein droit, oit que les autorisations requises n'eussent pas été deman-

Digitized by Google

dées, soit qu'on les eût refusées, soit que les avis des jurisconsultes fussent défavorables aux transactions projetées. Si, au contraire, les représentants des incapables s'étaient mis en règle, une nouvelle assemblée de créanciers serait convoquée dans la quinzaine qui suivrait la prorogation de délai fixée par le juge-commissaire, et ce sans tenir compte des délais ordinaires de distance moins importants dans cette occurrence, puisqu'il s'agirait d'une réunion qui pouvait être prévue. Le juge alors réglerait amiablement tous les intérêts. Ce mode de procéder, même avec les lenteurs et les frais supplémentaires qu'il comporte, serait encore plus avantageux et plus économique que l'ordre judiciaire. S'il y avait transaction, l'incapable devrait en demander l'homologation au tribunal par voie de conclusions et il serait statué comme en matière sommaire.

III

Lorsque les créanciers sont capables, le consentement de tous à l'ordre amiable est nécessaire. La non-adhésion d'une personne, si peu motivée, si peu sérieuse, si absurde qu'elle soit, suffit pour entraver le règlement des intérêts de toutes les autres. C'est là une situation qui aurait dû appeler l'attention du législateur et donner lieu à des prescriptions spéciales qui, sans sacrifier le droit individuel, droit sur l'étendue duquel nous faisons nos réserves, auraient du moins fait supporter par qui il eût appartenu la responsabilité de ces refus de consentement vexatoires et dolosifs, comme il s'en produit trop souvent. Ce cas était prévu dans l'article 108 de la loi belge que nous avons reproduit ci-dessus. Comment la Commission du corps législatif qui l'avait sous les yeux a-t-elle négligé de s'approprier un moyen assez efficace pour empêcher de se produire, au moins en partie, des faits que tout le monde déplore, pour protéger l'intérêt de tous contre les fantaisies et les abus du droit individuel? Le rapport de M. Riché, s'explique assez laconiquement sur ce point : « La loi belge permet de condamner aux frais de l'ordre. Cette sanction avait paru nécessaire à votre Commission; le Conseil d'État lui a substitué une amende. »

Cela ne nous éclaire en aucune façon sur les motifs déter-

Digitized by Google

minants qui ont fait écarter la disposition dont il s'agit. L'amende n'a qu'une efficacité relative : en admettant qu'elle contraigne parfois les créanciers à comparaître devant le juge, elle ne présente aucunes garanties contre l'abstention et le mauvais vouloir des comparants; elle ne les empêche pas de refuser systématiquement les propositions de règlement qui leur sont faites. Le Conseil d'État a-t-il considéré que cette condamnation aux frais de l'ordre pourrait être obtenue à titre de dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382 du Code civil, et qu'il était inutile d'insérer dans la loi une prescription qui était en quelque sorte de droit commun? Il ne semble pas que telle ait été l'intention dont il s'est inspiré.

M. Duclos, dans le sein du corps législatif, critiqua comme insuffisante l'amende de 25 francs édictée contre les créanciers non-comparants. Il voulait qu'ils pussent être condamnés à tout ou partie des frais de l'ordre judiciaire qu'ils auraient rendu nécessaire. Il pensait même que cette condamnation pourrait être prononcée en l'absence d'une disposition spéciale, conformément à l'article 1382, qui oblige toute personne à réparer le dommage causé à autrui par sa faute.

M. Guyard-Delalain lui répondit que la commission était, jusqu'à un certain point, de son avis en ce qui concernait la condamnation aux frais de tout ou partie de l'ordre. Mais, ajoute le procès-verbal, « MM. les commissaires du gouvernement ont pensé que les tribunaux se résoudraient difficilement à prononcer une pareille condamnation; on a préféré, dès lors, fixer le chiffre de l'amende. En terminant, l'orateur dit que si l'on parvenait à prouver le dol et la fraude, preuve, il est vrai, bien difficile, on pourrait peut-être, sans qu'il soit besoin d'une disposition spéciale, faire condamner le créancier non-comparant à supporter tout ou partie des frais de l'ordre.»

Ainsi, dans l'état actuel de notre législation, la possibilité d'une condamnation aux frais de l'ordre à titre de dommages-intérêts est très-discutable. Comme la question présente un grand intérêt pratique, il ne sera pas inutile de la traiter au point de vue de la doctrine et de la jurisprudence.

En principe, l'intérêt est la mesure des actions. Le droit n'est légitime dans son exercice qu'autant qu'il peut procurer un

Digitized by Google

avantage. Dans ce cas, si en faisant valoir son droit on lèse celui d'autrui, il y a là un fait dont les conséquences seront peut-être fâcheuses, mais non une faute et partant l'on ne saurait en être responsable. Mais quand l'exercice du droit ne produit aucun bénéfice moral et pécuniaire, lorsque, au contraire, il peut causer un dommage à une autre personne, qu'on a conscience de cette situation et qu'on n'a aucun doute sur l'impossibilité où l'on est d'en tirer profit, l'action que l'on intente, l'acte que l'on commet ont un caractère vexatoire et dolosif, et dès lors, selon nous doivent engager la responsabilité. C'est en vertu de ce principe que les plaideurs, dont les prétentions portent l'empreinte de la mauvaise foi et de la méchanceté, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. La revendication de droits insignifiants faite dans des conditions frustratoires comporterait la même pénalité civile. Toutes les juridictions condamneraient sans hésiter, à des dommages-intérêts, une partie à laquelle il serait dû 15 ou 20 centimes et qui ferait des frais relativement considérables pour en obtenir le payement. Et cependant cette partie a bien le droit de réclamer le montant de sa créance, mais, l'intérêt se trouvant pour ainsi dire nul, l'exercice de ce droit ne peut être que vexatoire. Il nous semble donc que l'abstention systématique de paraître à l'ordre amiable, le refus d'y adhérer, s'ils ne sont pas inspirés par des motifs sérieux, mais uniquement par le désir de faire échouer le règlement peuvent entraîner une condamnation à des dommages-intérêts et par suite aux frais de l'ordre judiciaire.

MM. Grosse et Rameau traitent la question, t. I, n° 287, au point de vue des créanciers non-comparants. Ne doivent-ils pas être condamnés aux frais faits pour amener la réunion et au coût du procès-verbal, y compris l'assistance des avoués? « Sans nous prononcer sur ce point, disent-ils, nous appelons l'attention sur la question, *qui, en équité, doit être jugée contre le créancier non comparant.* » Ces auteurs se trompent évidemment, puisque le législateur a puni les non-comparutions d'une amende de 25 francs et a manifesté nettement l'intention de se borner à cette mesure coercitive. Mais notre argumentation, en ce qui touche les opposants de mauvaise foi, reste entière.

La jurisprudence n'a eu encore que de rares occasions de

Digitized by Google

se prononcer. Nous ne connaissons que trois décisions sur la matière, dont l'une est contraire à la doctrine que nous soutenons, tandis que les deux autres lui sont favorables. Aucune d'elles n'émane de la Cour de cassation. Cette haute juridiction n'a jamais en effet été saisie de la question. Nous allons reproduire les décisions dont il s'agit.

A la date du 30 mars 1365, le tribunal civil de Pont-L'Évêque a statué ainsi qu'il suit :

« Le tribunal (après partage); — Attendu que le principe « de responsabilité en cas de dommage résultant d'une faute, « édicté par l'article 1382, est inapplicable lorsque le pré- « tendu préjudice provient de l'exercice d'un droit; — Que « le créancier qui refuse son consentement à l'ordre amiable « ne fait qu'user de son droit; — Que si, en effet, la loi du « 21 mai 1858 s'efforce de mettre en présence tous les créan- « ciers d'un ordre; que si elle sanctionne la convocation « faite par le juge-commissaire et facilite ainsi un arrange- « ment amiable, elle évite avec soin d'imposer un caractère « obligatoire à la conciliation, et respecte les motifs du si- « lence ou de la conduite de chaque créancier; — Qu'une dispo- « sition qui contraindrait le créancier à souscrire à l'arran- « gement amiable, effacerait du Code l'ordre judiciaire et « s'exposerait à frapper les créanciers des déchéances rigou- « reuses contenues dans cet ordre, sans leur offrir les délais « et les sages garanties que leur accorde la loi de 1858;

« Attendu que l'ordre judiciaire seul est obligatoire, qu'il « est la conséquence fatale de l'insolvabilité du débiteur, « que tout créancier a le droit d'invoquer les dispositions « d'une loi qui lui assure l'examen approfondi de tous les « titres utiles à l'ordre (755 C. pr. civ.), qui lui permet de « contrôler et de contredire l'état des collocations, de pro- « duire de nouvelles pièces et même de profiter des dé- « chéances provenant de l'oubli où de la négligence d'un « créancier antérieur;

« Attendu que c'est même en vain que l'on opposerait les « dires constatant le mauvais vouloir du créancier en pré- « sence du juge conciliateur; — Que l'article 752 du Code « de procédure prescrit au juge-commissaire de constater « seulement dans sont procès-verbal que, à défaut d'arrange- « ment amiable, les parties n'ont pu s'accorder; que toute

Digitized by Google

« autre mention ne pourrait avoir aucune espèce de valeur « en justice; — Par ces motifs, déclare mal fondée, etc. »

La Cour d'appel de Grenoble, par arrêt du 10 avril 1869, s'est prononcée en sens contraire. M. Dalloz n'en donne que le sommaire dans le volume de 1874, cinquième partie. Il est ainsi conçu : « Le créancier qui, par un fait de fraude, de « mauvaise foi ou par une pure vexation, a refusé d'adhérer « à un règlement amiable et a rendu inévitable la procédure « de l'ordre judiciaire, peut être condamné aux frais de cette « procédure. » (C. civ., 1382; C. pr., 751, 752).

Enfin le 1er décembre 1871, le tribunal civil de Loubans a tranché la question comme la Cour de Grenoble : « Le Tri- « bunal; — Statuant sur la demande principale, ayant pour « objet de rectifier le règlement provisoire, en ce sens que « les frais de poursuites d'ordre seront retranchés de la col- « location privilégiée de Pauly, créancier poursuivant; — « Attendu qu'il résulte des documents de la cause et du « procès-verbal même d'ordre provisoire, que Pauly a re- « fusé d'accéder à la tentative d'ordre amiable en date du « 12 mai 1871, alors qu'il savait pertinemment que, primé « par trois créanciers sur lesquels les fonds manquaient, il « n'arriverait pas en ordre utile en vertu de son inscription; « — Que, sans soulever aucune contestation fondée, Pauly « s'est borné à demander une somme d'argent qui ne lui « était pas due, en menaçant les créanciers des frais d'un « ordre judiciaire par vexation et mauvaise foi; — Qu'il est « aussi conforme au droit qu'à l'équité de déjouer cette « fraude en condamnant personnellement Pauly, en vertu « du principe de l'article 1382 du Code civil à payer aux « consorts Clerc, les frais de l'ordre judiciaire à titre de « dommages-intérêts; — Par ces motifs, etc. »

La question de savoir si une condamnation aux frais de l'ordre judiciaire peut être prononcée contre les créanciers dont le mauvais vouloir a fait échouer l'ordre amiable est donc très controversée. La jurisprudence fût-elle entièrement fixée dans un sens favorable aux droits de la majorité des créanciers, que le mode de procéder employé, une action principale en dommages-intérêts, présente quelques inconvénients. C'est un nouveau procès qui prend naissance à côté de l'ordre et qui nécessite de nouveaux frais,

Digitized by Google

plus considérables que si l'affaire avait été jugée sommairement, sur le rapport du juge-commissaire, comme un incident à l'ordre. Il est donc indispensable qu'une disposition légale vienne enfin réglementer la matière. Nous la formulerions en ces termes : Les non-comparants dont l'absence dénuée de justification valable, les opposants dont l'obstination systématique et la mauvaise volonté auront empêché le règlement amiable pourront être condamnés aux frais de l'ordre amiable qui n'a pu être terminé et aux frais de l'ordre judiciaire rendu nécessaire par leur faute.

IV

En arrivant à la fin de cette étude, une objection contre le principe général de la loi se présente à notre esprit. N'est-ce pas trop demander à la nature humaine que d'exiger le consentement unanime de dix, de quinze, de vingt personnes à une répartition de fonds qui ne profitera pas à toutes, et le législateur, en créant l'ordre amiable, a-t-il fait une œuvre complètement efficace et pratique? N'a-t-on pas, à l'aide d'analogies plus ou moins spécieuses, donné à la situation un caractère tout autre que celui qui lui est propre? Le rapporteur de la loi assimile la tentative de règlement amiable au préliminaire de conciliation qui doit précéder obligatoirement toute demande en justice. La comparaison n'est pas exacte. En effet, toutes les affaires ne sont pas soumises à la conciliation : les demandes formées contre plus de deux parties en sont dispensées. Il est aisé de se rendre compte des motifs qui ont inspiré cette disposition : plus les parties en présence sont nombreuses, plus leurs intérêts sont divers et difficiles à concilier. Lorsque trois, quatre personnes ou plus sont l'objet d'une action en justice, il y a gros à parier qu'aucune entente préalable ne pourra s'établir entre elles et le demandeur ; que chaque intéressé maintiendra ses prétentions, et que le préliminaire de conciliation deviendra une formalité inutile, bonne seulement à retarder la solution des procès. Voilà pourquoi le Code de procédure civile (art. 49) n'a pas voulu assujettir à ce préliminaire les demandes intentées contre plus de deux défendeurs.

L'ordre met en présence un grand nombre d'intérêts qui,

Digitized by Google

tous, ont à se défendre contre des intérêts concurrents. Il n'est pas, au sens rigoureux du mot, une action en justice où figurent un demandeur et des défendeurs; il constitue une procédure dans laquelle chaque créancier inscrit ayant à faire valoir ses droits à l'encontre des autres créanciers, toutes les parties remplissent alternativement, au regard les unes des autres, le rôle de demanderesses et de défenderesses. Il sera bien difficile de régler une pareille situation du consentement de tous. Donc, dans l'esprit même de notre loi, la tentative de conciliation, appelée ordre amiable par la loi de 1858, n'avait guère sa raison d'être. Placée en face de nombreux obstacles, elle ne pouvait pas aboutir à des résultats aussi féconds que l'espérait le législateur.

Est-ce à dire qu'il faudrait, de prime abord, sans essai de règlement préalable, procéder à l'ouverture de l'ordre judiciaire? Loin de nous une pareille idée; nous nous efforçons seulement de démontrer que l'ordre amiable, subordonné comme il l'est au consentement de tous les intéressés, doit échouer fréquemment par suite de l'inertie et du mauvais vouloir des créanciers, et qu'il est regrettable que le législateur n'ait pas adopté d'autres mesures pour vaincre des résistances souvent peu justifiées. Quelles nécessités de principe exigent donc que l'ordre amiable et l'ordre judiciaire aient un caractère aussi tranché que celui qui leur est attribué par la loi, l'un reposant exclusivement sur le consentement, tandis que l'autre en fait une complète abstraction, sauf à assurer certaines garanties aux parties? Rien, selon nous, ne s'opposerait à la modification d'un pareil état de choses. Ce que le législateur a voulu faire, avant tout, c'est une œuvre efficace; ce qu'il a tenu à empêcher, c'est la fréquence des ordres judiciaires avec les lenteurs et les frais qu'ils comportent. Il devait donc employer tous les moyens légitimes pour parvenir à ce résultat et donner au règlement à intervenir avant l'ordre judiciaire un caractère mixte fondé tout à la fois sur le consentement des parties dans une mesure pratique et possible et sur la décision du juge contre laquelle, dans certains cas, auraient été ouvertes toutes voies utiles de recours.

Cet ordre, mi-partie amiable, mi-partie judiciaire, ne pourrait conserver sa dénomination actuelle. On l'appellerait

Digitized by Google

ordre préalable ou ordre préliminaire. Nous l'organiserions de la façon suivante : les créanciers convoqués par le juge-commissaire auraient tout d'abord à se prononcer sur le mode de règlement de leurs intérêts. La majorité des deux tiers ou des trois quarts serait suffisante pour faire admettre l'ordre préalable. Si cette majorité n'était pas obtenue, l'ordre judiciaire serait ouvert de plein droit. Dans le cas contraire, le magistrat commis dresserait son règlement, après avoir entendu les observations des parties. Ce règlement pourrait être contesté par les créanciers non-consentants, lesquels devraient présenter leurs contredits dans la huitaine qui suivrait. Le tribunal statuerait comme en matière sommaire. Le règlement deviendrait définitif si les contestations étaient rejetées et, dans le cas contraire, serait rectifié conformément aux décisions judiciaires qui en auraient modifié la teneur. Les frais des contredits seraient à la charge des parties si elles succombaient, et devraient être employés en frais privilégiés d'ordre si elles triomphaient dans leurs prétentions.

Mais, dira-t-on, en vertu de quels principes les intéressés seront-ils contraints à subir, malgré eux, la loi des majorités? Le droit individuel doit être respectable et sacré, quels que soient ses erreurs et ses excès. C'est la sauvegarde et la garantie de tous. Armé de son titre librement consenti avec toutes les sûretés qui s'y rattachent, un créancier, même seul, ne saurait être contraint de renoncer à faire valoir ses droits selon sa volonté. La doctrine contraire ne ferait que consacrer l'oppression de la minorité par le plus grand nombre, et l'érection illégitime de la force en loi, au détriment de la faiblesse. Certes, si l'on n'envisage qu'un côté de la question, que l'intérêt des créanciers opposants, ce raisonnement peut se comprendre. Mais, à côté du droit du petit nombre se trouve celui de la majorité. Ce droit ne sera-t-il point paralysé, annihilé par le mauvais vouloir et l'entêtement des deux ou trois créanciers, du seul créancier peut-être, qui refuseront de régler amiablement la situation de tous avec l'arrière-pensée d'induire en frais inutiles ceux qui seront colloqués, parce qu'eux-mêmes ne peuvent l'être? Telle personne qui aurait pu rentrer dans une partie des fonds qu'elle a prêtés, verra son gage absorbé par les dépens qu'on lui infligera gratuitement. Ses intérêts les plus manifestes seront compromis, son droit le plus certain sera mé-

Digitized by Google

connu sous le prétexte menteur qu'il faut respecter des intérêts plus ou moins hypothétiques et un droit qui ne sera, le plus souvent, qu'une pure abstraction. Dans ces conditions, est-il possible d'admettre qu'un veto individuel puisse prévaloir contre des droits collectifs? La présomption doit être que ces droits ont su apprécier la situation sous son véritable jour et qu'il y a lieu de leur donner satisfaction. Ainsi l'exige l'intérêt général. Mais le droit individuel qui n'a pas abdiqué volontairement sera entouré de toutes les garanties de nature à le protéger contre les erreurs et la cupidité possibles de la majorité. Il aura donc la faculté de formuler tous contredits utiles contre l'ordre préalable.

Telles sont les réformes qui nous paraissent susceptibles d'assurer la célérité, l'économie, la bonne foi qui doivent présider à la répartition entre tous les créanciers inscrits du prix du gage commun. Le crédit public et privé, l'administration régulière de la justice sont également intéressés à la cessation de l'état de choses que nous avons signalé. Si les moyens que nous indiquons ne paraissent pas avoir l'efficacité requise, qu'on en cherche d'autres. Le but que nous nous proposons n'en sera pas moins atteint si l'attention du législateur se porte enfin sur cette question. H. PASCAUD.

DE LA COMPÉTENCE DU JUGE DE PAIX EN MATIÈRE DE SIMPLE POLICE,

Par M. Fr. Cambuzat, docteur en droit, substitut à Sedan.

Depuis longtemps déjà les auteurs et les hommes qui vivent dans la pratique du droit réclament d'importantes modifications à la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix et proposent d'élargir la compétence qu'elle attribue aux juges de paix dans les matières civiles. On se dit que le législateur de 1790, en assignant à cette magistrature cantonale des ressorts moins étendus que ceux des anciens bailliages, a eu pour but de rapprocher le juge des justiciables et que tout ce qui peut tendre à éviter à ceux-ci de se transporter jusqu'au tribunal d'arrondissement doit évidemment rentrer dans l'esprit de cette institution.

Sans nous appesantir davantage sur ces réflexions, nous nous proposons d'examiner brièvement si elles ne peuvent et même ne doivent pas s'appliquer *a fortiori* à la compé-

Digitized by Google

tence des juges de paix siégeant comme juges de simple police. Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'affirmative, car il est essentiellement plus facile de statuer sur les questions de droit criminel que sur celles qui se rattachent au droit civil et embarrassent souvent les jurisconsultes les plus expérimentés.

L'article 1er du Code pénal divise les infractions pénales en crimes, délits et contraventions, suivant la peine qu'elles paraissent mériter et le tribunal qui doit en connaître. Cette classification que tous les auteurs s'accordent à critiquer et à trouver pour le moins extrêmement bizarre et que le législateur lui-même paraît avoir admise faute de mieux, nous devons cependant la respecter; mais il ne nous est pas interdit d'en rechercher l'esprit en ce qui concerne les contraventions qu'elle défère aux tribunaux de simple police.

« Un principe général domine toutes les contraventions, « dit M. Boitard (*Leçons de droit criminel*, p. 451); c'est « qu'elles existent par le seul fait matériel de la désobéis- « sance aux prescriptions de la loi ou des règlements, abs- « traction faite de toute intention criminelle ou de toute « fraude. C'est là ce qui sépare cette classe d'infractions des « faits que la loi a qualifiés crimes et délits. En matière de « crime et de délit, l'intention coupable est un élément né- « cessaire de la criminalité, c'est-à-dire du crime ou du dé- « lit; il n'y a point de crime, il n'y a point de délit, là où « aucune volonté malveillante, là où du moins aucune faute « n'est constatée. En matière de contravention matérielle, « ni l'oubli, ni l'erreur, ni l'ignorance même ne sont une « excuse. Il importe peu que la contravention provienne de « telle ou telle cause; elle est toute matérielle. De là il suit « que le contrevenant ne peut alléguer aucune excuse, même « sa bonne foi : les contraventions n'admettent pas d'excuses, « dès qu'il est constant que le règlement émane d'un pouvoir « légal, qu'il a été régulièrement publié et qu'il a pour objet « les matières qui rentrent dans le domaine de la police. »

Puisque tel est le caractère que le législateur a attaché à l'idée de contravention, nous ne nous écarterons évidemment pas des principes qui l'ont guidé en demandant que l'on range parmi les contraventions de simple police et que l'on attribue aux juges de paix la connaissance de toutes les infractions pénales au sujet desquelles *ni l'oubli*, *ni l'erreur*,

Digitized by Google

ni l'ignorance même ne sont une excuse et pour lesquelles le délinquant ne peut alléguer sa bonne foi. Il suffirait pour cela d'abroger ou de modifier l'article 137 du Code d'instruction criminelle qui est ainsi conçu : « Sont considérés « comme contraventions de police simple les faits qui, d'a- « près les dispositions du quatrième livre du Code pénal, « peuvent donner lieu soit à quinze francs d'amende ou au- « dessous, soit à cinq jours d'emprisonnement ou au-dessous « qu'il y ait ou non confiscation des choses saisies, et quelle « qu'en soit la valeur. »

Si le législateur a classé les infractions pénales d'après la gravité de la peine qu'elles lui ont paru mériter, il faut reconnaître aussi qu'il s'est attaché, pour édicter cette peine, au danger que chaque infraction, en particulier, peut faire courir à la société dont il est le gardien. La combinaison de ces deux idées va fournir aussitôt la solution de la question que nous avons implicitement posée en commençant cette étude : existe-t-il, dans l'état actuel de notre législation criminelle, des infractions pénales exclusives de toute mauvaise foi, ne faisant courir qu'un péril peu grave à l'ordre social et qui sont cependant déférées à une juridiction supérieure à celles des tribunaux de simple police? Il y en a, et ce sont ces infractions et d'autres qui présentent avec elles de grandes analogies, dont nous voudrions voir attribuer la connaissance aux juges de paix. Pour mieux faire saisir notre proposition, prenons quelques exemples :

La plupart du temps les délits de chasse, notamment dans les cas de chasse sans permis ou avec un permis irrégulier, chasse en temps ou avec un mode ou un engin prohibé, chasse sur le terrain d'autrui sans permission du propriétaire, existent sans qu'il y ait lieu de s'enquérir de la bonne ou mauvaise foi du délinquant. Nous pouvons en dire autant des délits de pêche. En matière de douane, vainement celui contre qui un procès-verbal est dressé pour contrebande allèguera-t-il, soit qu'il ignorait que l'entrée de telle ou telle marchandise fût prohibée, soit qu'il ne croyait pas se trouver sur le territoire français, soit que la fraude a été commise à son insu par un de ses subordonnés, il n'en sera pas moins condamné. Le repris de justice, placé sous la surveillance de la haute police et trouvé sans autorisation hors de la résidence qui lui a été assignée par l'autorité administrative, ne

Digitized by Google

peut se disculper en prétendant soit qu'il s'imaginait avoir le droit de circuler librement dans un rayon plus étendu, soit qu'il n'avait quitté que pour quelques jours sa résidence obligée où il avait l'intention de revenir. Ne pourrait-on pas faire le même raisonnement pour le vagabondage et la mendicité, lorsque ces délits auront été commis sans circonstances aggravantes et que les coupables ne seront pas en état de récidive, c'est-à-dire lorsqu'ils sembleront être chez leurs auteurs plutôt le résultat de la misère ou de l'abandon dans lequel ils auront pu être laissés que d'une intention mauvaise? Ne serait-il pas possible également de ranger, dans la catégorie des contraventions, les infractions matérielles aux lois et règlements sur la librairie, le colportage, la presse, au cas, par exemple, de la publication d'un journal politique sans cautionnement préalable? — Enfin les contraventions à la police du roulage et des chemins de fer, déférées aujourd'hui à la police correctionnelle, et les contraventions de grande voirie, dont la connaissance est attribuée au conseil de préfecture, n'existent-elles pas, abstraction faite de toute intention délictueuse de la part de celui qui s'en rend coupable?

Nous ne prétendons point que l'énumération que nous venons de faire soit complète, mais nous croyons qu'il serait certainement plus facile au juge de paix de se prononcer sur des cas qui n'exigent, pour ainsi dire, qn'une simple constatation de fait que de juger certaines infractions pénales que le Code range parmi les contraventions et qui ne sont pas exclusives de toute intention mauvaise. Tels sont, par exemple, les cas de dommage *volontaire* à la propriété mobilière d'autrui (art. 479-1°), de lacération *méchante* des affiches apposées par les agents de l'autorité (art. 479-9°).

Mais comment arriver pratiquement à cette extension de la compétence des juges de paix? Faudra-t-il que le législateur prenne une à une toutes les infractions pénales et les soumette à une nouvelle classification? Sans doute, on pourrait procéder ainsi, et il sera peut-être utile de le faire pour certains délits qui se commettent très fréquemment. Mais un classement général, outre qu'il serait extrêmement long, offrirait de grandes chances d'erreur ou d'oubli sur lesquelles il serait ensuite difficile de revenir. — La seule solution pratique, en dehors d'une refonte complète de notre législation pénale qui, nous l'espérons bien, s'imposera un jour

Digitized by Google

aux méditations du législateur, consisterait à modifier l'article 137 du Code d'instruction criminelle. Cette modification permettrait au parquet du tribunal de première instance, sous sa responsabilité et sauf recours au procureur général (suivant certaines formes nettement déterminées), de la part de l'inculpé qui se prétendrait lésé par cette attribution de compétence, d'apprécier la juridiction (correctionnelle ou de simple police) que, selon les cas et les renseignements obtenus dès le début de l'enquête, il conviendrait de saisir, lorsque les procès-verbaux transmis au parquet relateraient des délits du genre de ceux que nous avons mentionnés plus haut. — C'est ce qui a lieu en Belgique pour les crimes dont une loi récente permet la correctionnalisation sous certaines conditions. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui arrive journellement lorsque les procès-verbaux de coups et blessures volontaires peu graves sont renvoyés par le procureur de la République en simple police pour violences légères? Entre ces deux infractions pénales, la différence n'est-elle pas une pure affaire d'appréciation pour le magistrat qui ordonne la poursuite?

L'innovation que nous proposons existe d'ailleurs à des degrés divers dans plusieurs pays étrangers. En Belgique, les vagabonds et les mendiants sont jugés par le tribunal de simple police. Le nouveau Code pénal allemand, modifié par la loi du 26 février 1876 et rendu applicable à tout l'Empire, étend considérablement la liste des contraventions soumises aux tribunaux de simple police; ainsi les juges de paix (art. 360 et suiv.) connaissent notamment des falsifications de passe-ports et de livrets d'ouvriers, des rixes dans lesquelles il aura été fait usage d'un couteau ou de tout autre outil dangereux (nous sommes loin ici des violences légères), de la détention de faux poids et de fausses mesures, des vols de denrées, boissons ou comestibles de peu de valeur, lorsqu'ils doivent être consommés sans retard. Dans ce dernier cas qui offre quelque analogie avec la filouterie, punie chez nous de peines correctionnelles depuis la loi du 26 juillet 1873, le législateur a fait dépendre la nature même de l'infraction pénale de la quantité présumée du préjudice causé par la soustraction frauduleuse. Nous trouvons chez nous quelque chose de semblable dans la distinction fort subtile d'ailleurs que fait notre Code pénal entre le vol de récoltes prévu et puni par l'article 388-5° et le maraudage dont il est

Digitized by Google

question à l'article 475-15°. La loi allemande va même bien plus loin, puisque le Code d'instruction criminelle du 1er février 1877, applicable à tout l'Empire, permet aux commissaires de police (art. 453 à 458) de prononcer par simple arrêté, sauf appel, il est vrai, des peines d'emprisonnement de quatorze jours au plus, des amendes ou des confiscations. Cette disposition législative a le grand inconvénient d'ouvrir la porte à l'arbitraire et à de nombreux abus de pouvoir possibles; aussi ne désirons-nous pas le voir s'introduire dans notre système pénal. En Suisse, dans le canton de Neuchâtel, une loi récente élève jusqu'à 20 francs le taux des amendes de simple police. Enfin, les règlements du 20 novembre 1864 qui ont introduit en Russie une nouvelle organisation judiciaire ont établi la juridiction des juges de paix sur des bases extrêmement larges. En matière criminelle, ces magistrats connaissent de toutes les petites contraventions et en outre d'infractions pénales beaucoup plus graves, telles que les outrages à la pudeur, la mendicité, les délits de chasse et de pêche, le port d'armes prohibées, les menaces et violences, les vols non qualifiés et les escroqueries jusqu'à la valeur de 300 roubles, etc.

Les tribunaux de simple police sont, en général, si peu chargés, dans les cantons ruraux surtout, qu'il n'y aurait, au point de vue de l'administration de la justice, aucun inconvénient à étendre autant leur compétence. Les nouvelles affaires qui leur seraient ainsi soumises recevraient de la part des magistrats cantonaux une aussi bonne solution que par le passé; peut-être le pouvoir exécutif serait-il amené à exiger des juges de paix des connaissances juridiques plus approfondies et à augmenter leurs modestes traitements, ce serait là une innovation à laquelle on ne pourrait qu'applaudir. Enfin la réforme dont nous nous occupons serait, si elle était adoptée, un moyen facile d'arriver graduellement à une mesure dont il a été souvent question dans nos assemblées législatives, à la réduction du nombre des Cours d'appel et des tribunaux de première instance qui se trouveraient ainsi déchargés d'un grand nombre d'affaires correctionnelles.

Telles sont les réflexions que la pratique et un rapide coup d'œil jeté sur certaines législations étrangères nous ont suggérées; nous serions heureux qu'elles pussent appeler l'attention des criminalistes et du législateur sur une réforme dont, croyons-nous, la magistrature, la justice et les justiciables eux-mêmes recueilleraient tous les fruits. FR. CAMBUZAT.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

BIBLIOGRAPHIE RAISONNÉE DU DROIT CIVIL [1]

COMPRENANT LES MATIÈRES DU CODE CIVIL ET DES LOIS POSTÉRIEURES QUI EN FORMENT LE COMPLÉMENT

accompagnée

d'une table alphabétique des noms d'auteurs,

Par M. E. Dramard, président du tribunal civil d'Arbois.

Compte rendu par M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Lorsque j'ai été chargé de rendre compte de l'ouvrage de M. le président Dramard, j'ai d'abord été partagé entre deux sentiments opposés. Profondément convaincu de l'utilité des bibliographies, non seulement à cause des pertes de temps qu'elles épargnent, mais encore à cause des rapprochements qu'elles permettent de faire et qui peuvent être si féconds en résultats et en lumières de toute sorte, j'étais heureux d'avoir à faire connaître un ouvrage dont les proportions dépassent de beaucoup celles de tous les travaux de cette nature que nous possédons. Mais, d'un autre côté, je n'étais pas sans crainte; dans une entreprise aussi vaste, aussi difficile, combien ne devait-il pas y avoir de défauts, lacunes, erreurs, imperfections de tout genre? Les dissimuler, c'était manquer à son devoir de critique. Les signaler, c'était d'abord payer d'ingratitude des efforts qui, lors même qu'ils n'eussent pas été complètement heureux, méritaient d'être encouragés; c'était en outre discréditer, peut-être, un genre de publication utile, nécessaire, dont il serait fâcheux de rebuter les auteurs.

Je n'ai pas tardé à me rassurer, à mesure que j'avançais dans l'examen de la *Bibliographie raisonnée du droit civil*, et c'est avec confiance que je puis la recommander aux lecteurs de la *Revue* [2].

Le plan est simple et bien conçu. L'auteur suit l'ordre

[1] Paris, Firmin Didot et Cotillon, 1879, XIV-371 pages in-8°, 12 francs.

[2] M. Dramard n'est pas d'ailleurs un inconnu pour eux : il a publié dans la *Revue* plusieurs articles, *Privilège des frais de purge*, *Inscription d'office par le procureur de la République*, *Concordat amiable*, nouvelle série, t. II et III, 1872-74.

Digitized by Google

même du Code civil, l'ordre des titres et même celui des articles de chaque titre. C'est avec raison, selon moi, qu'il a préféré ce plan à celui d'un dictionnaire, où le classement des matières a forcément quelque chose de personnel et d'arbitraire. L'ordre du Code n'est pas, sans doute, sans inconvénients, mais il a des avantages incontestables; il est connu, familier à tous, et il n'est pas sujet à changements.

Il va de soi qu'avant d'indiquer les ouvrages sur chaque titre ou même sur chaque article, l'auteur a d'abord consacré deux sections aux ouvrages sur les travaux préparatoires et sur le texte du Code (58 numéros), puis aux ouvrages sur l'ensemble du Code (100 numéros). Le nombre total des numéros de la bibliographie est de 4038, qui tous se suivent en une seule série; ce chiffre même pourrait être beaucoup dépassé, car il y a des numéros qui indiquent un nombre d'ouvrages ou d'articles considérable.

Ce n'est pas un simple catalogue que donne M. Dramard; très souvent il ajoute une analyse ou une appréciation, soit qu'il l'emprunte à des comptes rendus (et notons en passant qu'il a soin d'indiquer après chaque ouvrage les comptes rendus qui en ont été faits), soit même qu'il les fasse lui-même. Dans ces dernières, il caractérise plus d'une fois avec une grande netteté et toujours fort judicieusement l'esprit, le mérite, les défauts de l'œuvre dont il parle. Si un livre a eu plusieurs éditions, si même un travail a d'abord paru sous une autre forme ou avec des développements, soit moindres, soit plus étendus, il l'indique. Ces renseignements sont précieux : ils permettent de suivre la pensée des auteurs. Ce ne sont pas seulement des éléments de bibliographie, ce sont, en outre, des éléments de biographie, puisque l'on voit ainsi de quelle manière les auteurs ont travaillé.

Puisque je parle de biographie, je dois noter que M. Dramard donne, à l'occasion, la liste des biographies ou des éloges qui ont été publiés sur les auteurs, par exemple sur le doyen Proudhon, sur Toullier, sur Troplong. D'autres fois, il signale un fait intéressant; ainsi, au n° 3411, il résume en quelques lignes l'histoire du traité des privilèges et hypothèques de notre cher et regretté maître M. Valette, qu'il a bien raison d'appeler une histoire douloureuse pour l'illustre professeur.

Sur les matières fameuses par les difficultés qu'elles

Digitized by Google

ont soulevées ou par les procès auxquelles elles ont donné lieu, on trouve, dans cette biographie générale, des recherches souvent plus complètes que celles auxquelles se livre l'auteur d'une monographie spéciale sur le sujet, et toujours l'indication de la jurisprudence est faite avec un soin particulier. J'en donnerai seulement trois exemples; celui de la naturalisation d'une femme mariée (affaires Bauffremont-Bibesco, Vidal et autres), celui du cumul de la quotité disponible et de la réserve, et celui des reprises de la femme mariée sous le régime de la communauté. Sur le cumul, après un exposé sommaire de l'état actuel de la question, on a (nos 1624-1652) l'indication de 102 documents de doctrine et de 112 arrêts, ces derniers classés en trois catégories, 47 dans le sens du cumul, 56 dans le sens du non cumul et 9 en faveur d'un système intermédiaire; puis une note résume la pétition au Sénat, en 1865, et le sort qu'elle a eu. — Les reprises de la femme ne donnent pas lieu à des indications moins abondantes : cinq pages leur sont consacrées, les ouvrages et articles, notes, plaidoiries, réquisitoires, rapports, y sont groupés et analysés; 78 arrêts y sont classés selon la solution qu'ils ont adoptée, avec des distinctions selon les cas d'acceptation, de renonciation ou de faillite, et suivant que le droit de propriété a été reconnu pour arriver au prélèvement par préférence aux autres créanciers, ou pour arriver à d'autres applications.

Il y a des articles du Code qui n'ont donné lieu à aucun ouvrage ni à aucun article spécial. M. Dramard dresse, en ce qui les concerne, une espèce de procès-verbal de carence qui n'est pas sans utilité; il épargne la peine de recherches qui seraient infructueuses et, ce qui est plus important, il montre la voie où peuvent s'engager ceux qui ne craignent pas les sujets non encore explorés.

Le but que s'est proposé l'auteur de la nouvelle *Bibliographie* est excellent; c'est celui que l'on ne doit jamais perdre de vue, savoir l'alliance de la théorie et de la pratique. Il faut lire à ce sujet ce qu'il dit dans sa Préface (p. IV-VII) sur la différence qui sépare la doctrine de la jurisprudence, sur l'influence réciproque qu'elles ont et qu'elles doivent avoir l'une sur l'autre, sur les vicissitudes curieuses qu'offre l'histoire de cette influence, enfin sur l'importance des dissertations placées dans les recueils d'arrêts en note des décisions

Digitized by Google

judiciaires. On ne saurait présenter mieux et en moins de mots des considérations plus judicieuses. Il appartenait de les mettre dans tout leur jour à un président de tribunal, qui, par ses fonctions, connaît les besoins de la pratique journalière des affaires et que son expérience personnelle a convaincu des ressources que la pratique peut trouver dans l'élément théorique et doctrinal. M. Dramard estime qu'une bibliographie du droit peut avoir de « l'efficacité pour rendre à la doctrine et la science pure l'autorité qu'elles doivent avoir. » C'est avec bonheur qu'un professeur entend un magistrat parler un tel langage; c'est avec plus de bonheur encore qu'il peut constater que, par les soins d'un magistrat, les moyens propres à atteindre un but aussi élevé ont été discernés et réunis avec autant de sagacité que de persévérance, et qu'ils sont désormais à la disposition de tous.

M. Dramard n'a pas seulement donné place aux ouvrages, traités, monographies, thèses de doctorat[1], etc., il a extrait des périodiques les articles et documents si nombreux qui s'y trouvent, mais qui y étaient enfouis et comme perdus dans un chaos inextricable, où peu de personnes avaient le courage de s'aventurer. Je me bornerai à donner ici la liste des périodiques auxquels sont empruntés le plus souvent les éléments de la bibliographie : ce sont d'abord les revues, *Critique*, *Pratique*, *Historiques*, et leurs aînées, *la Themis*,

[1] C'est par centaines, pour ne pas dire par milliers, que se comptent les thèses de doctorat citées dans la Bibliographie; malgré cela, il en manque un grand nombre et pour ma part j'en connais beaucoup, même de fort bonnes, qui n'y figurent pas. En outre, parmi ces thèses, comment distinguer celles qui ont le plus de valeur? — Il y a là deux graves défauts qu'il ne faut pas, sans doute, reprocher trop sévèrement à l'auteur, car ils tiennent à l'organisation, ou, pour parler plus exactement, au manque d'organisation dont nous souffrons, en ce qui concerne les thèses de doctorat. Ne serait-il pas possible d'y remédier? Je crois que oui. Le catalogue complet de toutes les thèses de doctorat pourrait être publié chaque année officiellement par le ministère de l'instruction publique, au *Bulletin* ou séparément; les frais seraient peu considérables, car la liste n'en est pas énorme. En outre, toutes les Facultés pourraient et par conséquent devraient distinguer les meilleures thèses par un vote spécial. Ce vote, rendu en même temps que celui de la réception du candidat, serait marqué par la lettre R (*Recommandée*) mise sur les thèses ainsi distinguées et dont, bien entendu, la mention serait faite au catalogue officiel dressé annuellement. Déjà à la Faculté de Paris, l'usage de *recommander* les meilleures thèses s'est établi depuis quelque temps : il est excellent, mais il faudrait le généraliser et surtout en faire connaître au public les résultats, qui sont pour lui d'un intérêt évident.

Digitized by Google

Revues Fœlix et *Wolowski;* puis les grands journaux et recueils d'arrêts : *le Droit*, *la Gazette des tribunaux*, *Sirey*, *Dalloz*, *Journal du Palais* (et dans ces derniers, l'auteur n'a garde d'oublier les couvertures). Plusieurs recueils des arrêts particuliers de chaque Cour d'appel sont utilisés; le *Journal officiel* et le *Moniteur universel*, les *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, sont mis à contribution. Je mentionnerai encore les *Annales forestières*, les *Annales des justices de paix*, l'*Audience*, la *Bibliothèque du barreau*, le *Journal des Avoués*, celui des *Assurances*, *des Conservateurs des hypothèques*, *des Huissiers*, *des Juges de paix*, *du Notariat*, *des Notaires et des Avocats* et le *Journal de procédure de Bioche*, le *Moniteur des Assurances*, la *Revue des Assurances*, la *Revue de droit commercial*, la *Revue judiciaire du Midi*, la *Revue du notariat et de l'enregistrement*, la *Tribune judiciaire*, la *Tribune provinciale*. Si longue qu'elle soit, cette liste n'est pas complète, car il y a encore un bon nombre de périodiques, français ou étrangers, dans lesquels ont été puisés les renseignements fournis au lecteur; ceux qui précèdent sont ceux où l'auteur a puisé le plus habituellement.

Parmi ces documents si variés, les notes ou dissertations qui accompagnent le texte des arrêts ont pour M. Dramard un prix tout particulier. Je suis tout à fait de son avis, car je pense qu'il n'est guère de travail meilleur, soit pour celui qui compose ces notes, soit pour celui qui les consulte; il n'en est point où la pratique et la théorie s'éclairent mieux l'une par l'autre. En outre, les recueils où ils sont insérés sont les plus répandus et ceux que l'on lit le plus. Mais ces observations en note d'arrêts sont parfois difficiles à trouver, faute de se rappeler au juste l'arrêt qu'elles accompagnent. A tous égards donc, c'est une heureuse inspiration que de leur avoir donné dans la bibliographie la place considérable qu'elles occupent. Aucun moyen n'est plus propre à conduire la doctrine et la jurisprudence à se connaître et à se pénétrer réciproquement, en un mot, à former entre elles cette alliance féconde, que nous désirons tous et que, pour ma part, je signale en toute occasion aux jeunes gens comme l'idéal qu'il faut sans cesse avoir en vue.

Est-ce à dire que l'ouvrage de M. Dramard soit sans défauts? Lui-même ne le croit pas et il prie ceux qui en trouveront

Digitized by Google

de les lui signaler. C'est une invitation à laquelle les auteurs feront bien de répondre, car souvent ils sont seuls en état de corriger une faute. Ce que je puis dire, c'est que les erreurs y sont aussi peu fréquentes que possible, eu égard au nombre immense de documents qu'il s'agissait de mettre en ordre. J'ai remarqué en plus grand nombre des omissions, mais qui peut se flatter d'être absolument complet dans un travail pareil?

En ce qui concerne le droit international privé et le droit fiscal (enregistrement), le parti auquel l'auteur s'est arrêté me semble sujet à critique. D'abord il n'est pas assez net, soit pour l'un, soit pour l'autre.

Le droit international privé ne pouvait être entièrement omis, l'article 3 du Code en étant le siège naturel. Quelques ouvrages sont indiqués sur cet article, ainsi que sur les articles 11-14 et 2123; l'intention de se borner aux généralités est annoncée, mais elle n'est pas suivie, car on trouve indiqués plusieurs ouvrages spéciaux, par exemple, la monographie de notre élève, M. Ch. Antoine, sur la *Succession légitime et testamentaire* en droit international privé et l'étude sur le même sujet que notre collègue, M. L. Renault, a publiée dans le *Journal du droit international privé*.—L'auteur dit que cette branche du droit aura sa bibliographie à part, « *lorsque la science l'aura complétée.* » Il est bien vrai que la science, et je ne sépare pas la jurisprudence de la doctrine, a plus à faire en cette matière qu'en beaucoup d'autres; mais précisément, pour aider ceux qui y travaillent, ne convient-il pas de leur fournir dès à présent les ressources de la bibliographie? Oui, sans doute, et, selon nous, il eût été bon d'indiquer sous chaque article du Code les documents de droit international privé qui s'y rapportent, sauf à faire ensuite une bibliographie spéciale du droit international, où les mêmes documents pourraient trouver place, joints à d'autres, mais disposés dans un ordre différent.

L'enregistrement nous suggère des réflexions semblables. L'auteur annonce dans sa préface (p. XII) qu'il a de parti pris éliminé tout ce qui a rapport au droit fiscal. Mais, ici encore, il n'a pas été fidèle à l'exclusion qu'il prononçait, et je pourrais citer bon nombre de numéros où sont indiqués des ouvrages ou des articles qui ont trait aux rapports du droit civil avec l'enregistrement. L'auteur fonde l'exclusion qu'il

Digitized by Google

fait de l'enregistrement sur ce que les principes du droit fiscal, concernant les rapports des citoyens avec le Trésor public, sont souvent différents de ceux du droit civil sur les rapports des citoyens entre eux. Mais, malgré cette différence que l'on a d'ailleurs souvent exagérée, il reste vrai que la loi civile domine la loi fiscale, que c'est sans cesse à la première qu'il faut recourir pour appliquer la seconde, et cela dans le cas même où la loi fiscale déroge à la loi civile, car on ne peut savoir en quoi consiste la dérogation que si l'on connaît bien le principe auquel il est dérogé. — Il y a plus : l'étude des difficultés que soulève l'application des droits d'enregistrement est, à son tour, une des plus utiles et une des plus fécondes auxquelles on puisse se livrer pour approfondir la loi civile elle-même. Je crois donc qu'il eût été bon de rapprocher les deux lois dans la même bibliographie, et j'ajoute qu'il eût été surtout bon de le faire en suivant l'ordre des articles du Code civil. C'est sans doute un ordre qui n'est pas familier à ceux qui s'occupent d'enregistrement, pas plus que l'ordre et souvent le langage même de ces derniers n'est familier aux civilistes. Mais c'eût été là précisément une utilité de plus d'une bibliographie ainsi conçue. L'œuvre était difficile, ardue; mais elle ne dépassait pas les forces d'un esprit tel que celui dont a fait preuve M. Dramard. Ses fonctions mêmes de président de tribunal civil, c'est-à-dire de la seule juridiction qui, avec la Cour de cassation, connaisse des matières d'enregistrement, lui en rendait l'exécution moins impossible qu'à un autre.

Qu'il y ait lieu, en outre, à une bibliographie spéciale de l'enregistrement pouvant former un volume à part, je n'y contredis pas; mais, ici comme pour le droit international privé, l'un n'empêche pas l'autre. En bibliographie, les répétitions ne sont pas à craindre; au contraire, et si un ouvrage ou un article a, par son objet, sa place dans plusieurs endroits ou dans plusieurs volumes, il ne faut pas la lui marchander.

J'exprimerai encore un regret, c'est qu'il n'y ait pas à l'ouvrage une table alphabétique complète des matières. Il n'y en a que *de quelques matières accessoires, rattachées à différents titres du Code civil;* j'y remarque les mots suivants : *actions possessoires, aliénés, apprentissage, associations et communautés religieuses, littéraires et scientifiques, assurances contre l'incendie,*

Digitized by Google

militaires et sur la vie, biens communaux, bourse (jeux de), brevets d'invention, cadastre, chemins, dessins de fabrique, mines, offices, propriété littéraire, industrielle et artistique, servitudes militaires et de voirie. Cette table était nécessaire, car, pour plusieurs de ces matières, le lecteur aurait pu ne pas savoir où la trouver, ni même si elle figurait au volume de droit civil. Mais une table alphabétique de toutes les matières, même comprises au Code civil, eût été fort utile. Tous ceux qui consulteront la bibliographie ne possèdent pas également leur Code; tous ne sont pas également prêts à mettre sans délai le doigt sur l'article qui est le siège de la matière qui les intéresse. Avec une pareille table, l'ouvrage aurait réuni les avantages du dictionnaire à ceux du commentaire [1].

En revanche, M. Dramard a eu l'excellente pensée de faire une table complète des noms des auteurs, avec indication à chaque nom de tous les numéros où l'auteur se trouve cité, ne fût-ce que comme auteur d'un compte rendu. Elle n'occupe guère de place, quinze pages seulement; mais elle peut rendre de grands services et offre un vif intérêt. On y voit réunis tous les travaux d'un même auteur, dont on peut ainsi mesurer l'activité scientifique. Par exemple, sous le nom de M. Valette, 30 numéros sont groupés; 41 sous celui de M. Bertauld, 85 sous celui de M. Pont, 45 sous celui de M. Labbé. La plupart de ces derniers sont tirés des notes du *Journal du Palais* et du Sirey, où notre savant collègue donne, on peut le dire, un véritable enseignement du droit français, qui ne le cède pas à celui du droit romain qu'il donne à l'École. Dans ces dissertations, M. Labbé montre combien l'étude du droit romain fournit à l'esprit de ressources et de lumières pour traiter les questions d'aujourd'hui, même celles qui semblent à première vue avoir le moins de rapport avec la législation romaine. En cela même, il y a un enseignement d'une haute portée.

Un mot sur l'exécution typographique n'est pas de trop. On la néglige souvent; les caractères grêles et pâles font une invasion sans cesse croissante, déplorable pour ceux qui lisent beaucoup. Sous ce rapport, l'ouvrage que nous an-

[1] Pendant que je suis aux critiques, j'en ferai une, bien petite sans doute, sur l'abréviation *ap.* (*apud*), plus de mille fois répétée. L'auteur a cru devoir la mettre devant le nom des recueils où a paru l'article qu'il cite. Elle n'est pas nécessaire. Je la supprimerais : les petites économies ont leur importance.

Digitized by Google

nonçons est parfait; il suffit de dire qu'il sort des presses de la maison Firmin Didot. Il a la forme extérieure du *Manuel du libraire* de Brunet, édité par la même maison. Nous lui souhaitons autant de succès qu'au Brunet, et nous croyons qu'il le mérite : il est digne de devenir le *Manuel du jurisconsulte*.

La *Bibliographie du droit civil* est une œuvre considérable et qui, telle qu'elle est, se suffit à elle-même. Toutefois son auteur l'a intitulée *première partie;* c'est qu'en effet il ne se propose pas moins que de publier successivement la bibliographie des autres branches du droit, si le succès de celle du droit civil y encourage les éditeurs et lui-même. Il a déjà réuni une grande partie des matériaux pour le droit commercial, le droit criminel, le droit administratif, sans oublier l'histoire du droit et l'ancien droit [1]. La *Procédure* pourra paraître une des premières; dans un an environ, l'auteur serait en mesure de la publier.

Voilà certes un plan que l'on peut dire grandiose : son exécution ne dépasse-t-elle pas les forces d'un seul homme? Mais de quoi une volonté opiniâtre, bien servie par l'intelligence, ne peut-elle venir à bout? Espérons que M. Dramard pourra accomplir son vaste dessein. Quand même il n'y parviendrait pas, c'est déjà un honneur de l'avoir entrepris et d'en avoir mené à bien une partie notable. Le devoir du public est tracé : il doit récompenser l'auteur du travail vraiment prodigieux auquel il s'est livré pour lui. Il faut que l'accueil fait à ce premier volume pousse l'auteur et les éditeurs à ne ménager ni labeur, ni dépenses pour l'achèvement de l'œuvre.

ERNEST DUBOIS.

[1] Le droit international, le droit fiscal, le droit constitutionnel, la philosophie du droit, la législation comparée doivent aussi avoir leur part : j'ai déjà parlé des deux premiers; pour les deux dernières, je crois qu'il y aurait également avantage à les fondre dans chacune des autres divisions, sans exclure pour cela le volume spécial et d'un plan différent qui pourrait leur être consacré. Enfin le droit romain! Je serais plus inexcusable qu'un autre, si je l'oubliais : je concevrais sa bibliographie large et complète, embrassant et groupant sur tous les textes non seulement les ouvrages écrits en français, mais encore ceux, tant modernes qu'anciens, écrits soit en latin soit même dans toutes les autres langues, ou tout au moins en allemand et en italien.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

LA TRANSACTION PEUT-ELLE ÊTRE PROUVÉE PAR TÉMOINS, LORSQU'IL EXISTE UN COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT?

Par M. Guillouard, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen.

1. La Cour de cassation vient, dans un récent arrêt [1], de confirmer la jurisprudence par elle adoptée en matière de transaction [2], et d'autoriser la preuve testimoniale de la transaction dont on rapporte un *commencement de preuve par écrit*.

La jurisprudence affirmée par les trois arrêts que nous venons de rappeler est en complète contradiction avec la jurisprudence des Cours d'appel [3] : soutenue dans la doctrine par Merlin, Zachariæ et M. Paul Pont [4], elle est combattue par tous les autres auteurs [5].

2. En présence de pareilles divergences, il est permis de croire que la jurisprudence de la Cour suprême n'est peut-être pas définitive, et nous avons cru pouvoir donner les motifs qui, d'après notre conviction profonde, doivent toujours faire écarter la preuve testimoniale dans les transactions, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de commencement de preuve par écrit.

Du reste, la question n'est pas nouvelle pour les lecteurs

[1] Ch. civ., *rejet*, 8 janvier 1879 (Dalloz, 1879, I, 128).

[2] 27 décembre 1877, *cassation* (Dalloz, 1878, I, 160; Sirey, 1878, I, 252); 28 novembre 1864, *rejet* (Dalloz, 1865, I, 105; Sirey, 1865, I, 5).

[3] Paris, 30 novembre 1876 (Dalloz, 1878, 2, 64); Metz, 30 novembre 1869, Dalloz, 1869, 2, 230); Nancy, 5 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45); Pau, 1er août 1860 (Sirey, 1861, 2, 339); Caen, 12 avril 1845 (Sirey, 1846, 2, 168).

[4] Merlin, *Quest.*, v° Transaction, § 8, n° 1; Zachariæ, § 420, n° 4; Pont, *Revue critique*, 1864, p. 487, et 1865, p. 201, et *Des petits contrats*, II,502.

[5] Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 420, texte et note 8; Troplong, *Des transactions*, n° 30; Bonnier, *Des preuves*, n° 138; Larombière, V, p. 125; Accarias, *De la transaction*, n° 84; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 85, n° 6; Demolombe, *Des contrats*, VII, n° 109; Latreille, *Revue critique*, 1865, p. 198; Laurent, XXVIII, n° 376.

Digitized by Google

de la *Revue*, et deux brillantes dissertations de M. Paul Pont, répondant à une excellente étude de M. Latreille, ont donné en faveur du système adopté par la Cour de cassation les arguments les plus spécieux; et la conviction de l'éminent magistrat était telle, qu'il concluait ainsi : « J'espère, disait-« il, que l'arrêt du 28 novembre (1864) ramènera bien des « opinions dissidentes. »

Ces espérances ne se sont pas réalisées, car depuis lors trois arrêts de Cours d'appel, et, dans la doctrine, MM. Demolombe, Aubry et Rau, Larombière, Laurent, Accarias, etc., sont venus fortifier la résistance.

Nous voudrions essayer, nous aussi, de défendre la thèse qui paraît aujourd'hui gravement compromise, *Victa causa*, en cherchant dans les travaux préparatoires la véritable pensée des rédacteurs du Code, et aussi en opposant à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de transaction sa jurisprudence en matière de bail.

3. Notre argumentation est très simple : aux termes de l'article 2044, la transaction « *doit être rédigée par écrit*; » en thèse générale, l'écriture n'est exigée ni pour la validité, ni pour la preuve des contrats (art. 1108), et il paraît bien résulter de la lecture de l'article 2044 qu'il faut, en matière de transaction, quelque chose de plus que pour les autres conventions : l'écriture.

4. Mais si on consulte, comme nous l'avons fait, l'historique de la rédaction de l'article 2044, il est difficile de ne pas se convaincre que tel est le but de la disposition finale de notre article.

Le projet du gouvernement ne renfermait aucune règle sur la transaction : lorsque ce projet fut communiqué au tribunal de cassation, le tribunal, frappé de cette lacune, proposa d'ajouter au projet du gouvernement un titre entier, qui devait être le titre XIX. Ce titre, qui était intitulé : *Des transactions et des compromis*, comprenait 43 articles, dont deux seulement, les articles 1 et 16, doivent attirer notre attention.

« Art. 1er. — La transaction est une convention par la-« quelle deux ou plusieurs personnes, pour prévenir ou pour « terminer une contestation judiciaire, règlent de gré à gré « leur différend...

Digitized by Google

« SECTION IV. — *Forme des transactions.*

« Art. 16. — Les transactions n'exigent *aucune forme différente* de celle des conventions ordinaires : on peut transiger devant le bureau de conciliation, ou en jugement, ou par acte authentique ou privé, ou même *devant témoins ;* mais, dans ce dernier cas, *la preuve n'est admissible que si l'objet est d'une valeur non excédant deux cents francs*[1] ».

5. Si la rédaction du tribunal de cassation avait été maintenue, la transaction restait sous l'empire du droit commun, et elle pouvait être prouvée par témoins comme les autres contrats, jusqu'à 200 francs d'après le tribunal de cassation, jusqu'à 150 francs d'après le projet du gouvernement, qui est devenu l'article 1341 (ancien art. 232 du projet).

Mais lorsque le projet du titre XIX fut soumis au Conseil d'État et au Tribunat, il fut complètement remanié : on retrancha d'abord tout ce qui avait trait au *compromis* (art. 28 à 43 du projet du tribunal de cassation), et quant aux 27 articles consacrés à la transaction, ils furent refondus et réduits à 15.

Les articles 1 et 16, qui contenaient l'un la définition, l'autre l'indication des formes de la transaction, furent réunis en un, l'article 1er (devenu l'art. 2044); et au lieu du renvoi aux règles du droit commun que contenait l'article 16, l'article 2044 déclare que la transaction « *doit être rédigée par écrit*[2] ».

6. Cette modification, si importante en elle-même, est-elle intentionnelle? C'est ici que le passage si souvent cité du rapport du tribun Albisson va devenir précieux, pour montrer que le changement de rédaction a été fait à dessein, et parce que, en matière de transaction, les rédacteurs du Code voulaient *ajouter* au droit commun :

« (La transaction) est un *contrat :* elle doit donc réunir les conditions essentielles pour la validité des conventions prescrites par la loi générale des contrats.

« Ces conditions sont : la capacité de contracter, le consentement des parties contractantes, un objet certain qui

[1] Fenet, II, p. 743-745.
[2] Fenet, XV, p. 91-102.

Digitized by Google

« fasse la matière de l'engagement, une cause licite dans « l'obligation.

« La seule condition que le projet *ajoute*, et qui devait « l'être par rapport à la nature particulière de la transaction, « c'est qu'elle soit rédigée par écrit; ce qui est infiniment « sage; car la transaction devant terminer un procès, *c'eût « été risquer d'en faire naître un nouveau*, que d'en laisser dé- « pendre l'effet de la solution d'un problème *sur l'admissibi- « lité ou les résultats de la preuve testimoniale* [1] ».

7. Si nous n'avions pas en face de nous l'autorité de la Cour suprême et d'un jurisconsulte aussi éminent que M. Paul Pont, nous dirions que l'article 2044, ainsi éclairé par les travaux préparatoires, est *très clair :* la transaction doit être « *rédigée* » par écrit; c'est-à-dire que la loi ne veut pas, en cette matière, de preuve testimoniale avec ou sans commencement de preuve par écrit. Et nous ajouterions, avec M. Albisson, que la loi est infiniment sage : si la transaction n'est pas « *rédigée* » par écrit, et si la production de l'acte ne permet pas d'en établir l'existence, il n'est pas raisonnable, il n'est pas conforme à l'intérêt des parties, de leur permettre d'avoir un procès pour prouver que le premier litige est éteint.

8. Nous dirons même que c'est surtout dans l'hypothèse où il s'agit d'un intérêt supérieur à 150 francs qu'il importe de prohiber la preuve testimoniale avec un commencement de preuve par écrit. Au-dessous de ce chiffre, l'intérêt est tellement minime que l'obstination des parties est moins à redouter : la plupart comprendront qu'il n'est pas raisonnable de plaider pour savoir si elles ont transigé sur ce procès si peu important. Mais si le chiffre s'élève, si au lieu d'une centaine de francs il s'agit de 50,000 francs, de 100,000 francs, la partie qui croit avoir un commencement de preuve par écrit, et qui espère le compléter par une enquête, essaiera toujours de prouver la transaction, si la loi, plus sage que le plaideur, ne l'arrête en chemin.

9. Quels arguments ont donc pu entraîner la Cour de cassation à adopter l'opinion contraire?

L'argument principal, répété dans les trois arrêts de 1864,

[1] Fenet, XV, p. 115.

Digitized by Google

de 1877 et de 1879, c'est que l'article 2044 déroge bien à l'article 1341, mais qu'il ne déroge pas à l'article 1347.

Nous avons déjà essayé, dans cette *Revue* (année 1873-1874, p. 564 et suiv.), de démontrer le vice de cet argument, qui consiste à voir dans les articles 1341 et 1347 *deux* règles distinctes : la comparaison des articles 1341 et 1347 avec l'ordonnance de 1667, la rédaction de ces deux textes, l'économie de la section II du chapitre VI, livre III, tout démontre que ces deux règles, qu'on veut opposer l'une à l'autre, n'en forment qu'*une*, avec une *exception*.

10. D'ailleurs, il nous semble que la Cour de cassation l'a elle-même reconnu, lorsqu'elle a décidé qu'en matière de bail la preuve testimoniale ne pouvait être reçue, *même avec un commencement de preuve par écrit* [1].

L'article 1715 n'est point autrement rédigé que l'article 2044, et la pensée que ces deux textes expriment est bien la même : l'un déclare que « *la preuve* (du bail) *ne peut être* « *reçue par témoins* »; l'autre, que la transaction « *doit être* « *rédigée par écrit* ». Où est la différence? L'article 1715 se réfère-t-il à l'article 1347 d'une manière plus précise que l'article 2044?

Non; et pourtant la Cour de cassation, modifiant son ancienne jurisprudence, décide maintenant que, même avec un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale du bail n'est pas recevable : elle reconnaît donc que dans les contrats où la preuve testimoniale est défendue, elle l'est sous quelque forme qu'elle se présente, toute seule ou appuyée d'un commencement de preuve par écrit.

Il nous est impossible, en ce qui nous concerne, de concilier la jurisprudence de la Cour en matière de bail et en matière de transaction; et la solution logique qu'elle adopte pour le bail nous fait espérer beaucoup un changement dans sa jurisprudence pour la transaction.

11. M. Pont invoque encore, à l'appui de sa théorie, la forme de rédaction des articles 1341, 1582, 1834, 1923 et 2085; tous ces articles, dit-il, posent en principe la nécessité de l'écriture comme moyen de preuve, et cependant il

[1] Ch. civile, 19 février 1873 (Sirey, 1873. I, 99).

Digitized by Google

n'y en a pas un qui ne permette la preuve testimoniale avec un commencement de preuve par écrit.

Nous répondrons, quant aux articles 1341, 1582, 1834 et 1923, que la forme même dans laquelle ils sont rédigés montre qu'ils admettent la preuve testimoniale, non seulement avec un commencement de preuve par écrit, mais *toute seule*, au-dessous de 150 francs; ils ne peuvent donc servir à interpréter l'article 2044, qui prohibe certainement la preuve testimoniale au moins au-dessous de 150 francs, comme le reconnaît d'ailleurs la Cour de cassation, ainsi que M. Pont [1].

12. Quant à l'article 2085, il doit être aussi écarté du débat, car il est rédigé *dans les mêmes termes* que l'article 2044 et que l'article 1715 : « L'antichrèse ne s'établit que par « écrit; » et il soulève la même question. M. Pont reconnaît lui-même que l'article 2085 déroge à l'article 1341, en ce qu'il prohibe la preuve testimoniale de l'antichrèse *au-dessous* de 150 francs [2]; et nous disons, nous, avec M. Troplong [3], qu'il déroge en même temps à l'article 1347, c'est-à-dire qu'il prohibe complètement la preuve testimoniale.

13. Nous terminons par une observation qu'a fait naître en nous une excellente remarque de M. Pont : l'éminent magistrat, justifiant avec sa sagacité habituelle la prohibition de la preuve testimoniale contenue dans l'article 2044, s'exprime ainsi : « Si la transaction peut quelquefois se produire « dans les termes les plus simples, elle peut être aussi, et « plus habituellement elle est compliquée et présente un « ensemble de dispositions liées entre elles par une étroite « corrélation. Et comme il est difficile d'admettre que, dans « ces conditions, une transaction et tous les détails qu'elle « embrasse puissent être fidèlement conservés dans la mé- « moire des témoins, il eût été périlleux d'en livrer le sort « au témoignage oral [4] ».

14. Il est impossible de mieux dire, et de dire un fait plus vrai : la transaction est le plus souvent un acte complexe, dont les détails multiples ne peuvent être conservés par la mémoire des témoins. Mais alors il est bien imprudent d'au-

[1] *Des petits contrats*, II, 502.
[2] *Des petits contrats*, II, n° 1238.
[3] *Du nantissement*, n°s 514 et 515.
[4] *Op. et loc. cit.*, n° 499.

Digitized by Google

toriser la preuve testimoniale lorsqu'on a un commencement de preuve par écrit de la transaction, car tous les inconvénients que signale si bien M. Pont vont se présenter.

Le fait de la transaction en lui-même est rendu vraisemblable par un document, une lettre le plus souvent, émanant de l'adversaire : les exigences de l'article 1347 sont satisfaites, et l'enquête devra être ordonnée. Mais ce sont les témoins qui seuls pourront dire toutes les conditions de la transaction, avec ses mille détails plus ou moins fidèlement retenus par leur mémoire.

Bien mieux vaudrait, à notre avis, s'en tenir au texte de l'article 2044, conforme à la pensée qui l'a inspiré : que le plaideur ne parle pas de transaction s'il ne rapporte pas l'acte « *rédigé* » qui en constate les conditions.

GUILLOUARD.

De la maxime « *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* », ou des effets de l'instance, en droit romain et en droit français, au double point de vue de la transmissibilité et de la durée des actions,

Par M. Ernest VALABRÈGUE, juge au tribunal d'Aix.

INTRODUCTION.

1. Nous nous livrions, il y a peu de temps, dans la *Revue pratique de droit français* [1], à l'examen de l'une des controverses que fait naître parmi nous l'application du régime dotal. Nous exprimions, à cette occasion, la pensée qu'il faut accueillir avec la plus extrême réserve les règles juridiques que le passé nous a léguées et qui, grâce surtout à l'empire de la tradition, se sont glissées dans notre jurisprudence moderne. Nous sommes certes loin de méconnaître l'autorité qui s'attache aux sources de notre droit et la juste influence qu'elles doivent exercer sur l'esprit de l'interprète. Nos Codes ne sont pas l'œuvre d'un jour; ils sont le fruit de l'élaboration lente et continue de plusieurs siècles, et le passé peut revendiquer sa part dans l'édification du

[1] T. XLII, p. 39 et suiv.

Digitized by Google

beau monument de nos lois civiles. Mais notre respect pour la tradition ne saurait dégénérer en fétichisme. Depuis que la sagesse antique a posé certaines règles, l'humanité n'a cessé de marcher dans des voies nouvelles, et plus d'un axiôme juridique d'autrefois n'est plus en harmonie avec l'état actuel de nos mœurs, de notre société et de notre législation. Il appartient à la critique d'interroger ces vieilles formules, de leur demander leur raison d'être, d'en fixer le sens réel et de limiter leur champ d'application.

2. C'est à cet ordre d'idées que se rattache le travail que nous entreprenons aujourd'hui. Nous nous proposons de rechercher quelle est la portée de la maxime contenue dans la loi 139 du Digeste (*De regulis juris*) qui est relative à la perpétuation et à la transmission des actions par l'effet de l'instance. Nous étudierons d'abord l'origine de cette règle dans la procédure romaine d'où elle est sortie. Nous verrons ensuite ce qu'elle est devenue dans notre ancienne jurisprudence. Nous rechercherons enfin si elle a été consacrée par nos Codes. Tel est, en quelques mots, la plan que nous allons suivre.

L'étude que nous abordons n'est pas exempte de difficultés et de périls. Elle touche à une des matières les plus délicates et les moins explorées de notre législation. Aussi nous ne nous dissimulons pas tout ce que notre œuvre aura d'imparfait. Nous la livrons néanmoins telle qu'elle est, nous estimant heureux si nous avons pu éclairer de quelque lueur une route peu frayée jusqu'à présent, et que d'autres sans doute parcourront avec plus de succès que nous.

CHAPITRE Ier. — Droit romain.

§ 1. — *Actions de la loi.*

3. La maxime *Omnes actiones...* prend sa source dans cette phase de la procédure romaine qui portait le nom de *litis contestatio*. Pour bien comprendre la nature de cet acte important, il est indispensable de jeter un rapide coup d'œil sur les divers systèmes de procédure qui ont été en vigueur à Rome.

Le premier de ces systèmes, celui des *Actions de la loi*, a dominé pendant près de six siècles, depuis la fondation de

Digitized by Google

Rome jusqu'à la loi Æbutia. Il portait au plus haut degré l'empreinte de la domination sacerdotale et patricienne, qui était le trait distinctif de ces temps reculés. C'est le droit des Quirites, exclusif et jaloux, accessible seulement aux citoyens romains. Il se résume en un rituel de pantomimes et de formules sacramentelles, minutieusement tracé par les pontifes, et qui devait être ponctuellement suivi. Tout était de rigueur; le sort d'un procès pouvait dépendre de l'omission ou du changement d'un terme, et le plaideur, qui agissait pour des vignes coupées, s'exposait au rejet de ses prétentions, s'il se servait du mot *vites*, au lieu de l'expression *arbores*, qui était consacrée par la loi des Douze Tables [1]. Gaius nous a présenté un tableau plein d'intérêt des formalités symboliques, qui constituaient la plus ancienne des actions de la loi, l'action *sacramenti* [2].

La plupart de ces actions [3] s'accomplissent *in jure* devant le magistrat, qui a la *juris dictio*, qui est chargé de dire et de déclarer le droit. Celui-ci termine parfois le litige en vertu de sa propre autorité, comme dans la *manus injectio*. Le plus souvent il désigne aux parties le juge qui doit trancher le différend. Les parties s'ajournent alors à comparaître devant le *judex* le troisième jour [4]. Elles s'assurent de leur comparution au moyen de gages [5], de garants (*vades*, *vadimonium*).

4. Aucun écrit ne constatait ni l'accomplissement des formalités exigées pour chacune des actions, ni l'étendue de la mission confiée au juge. Pour établir ce double point, il fallait recourir à des témoins; le mot *litis contestatio* [6] (*litem contestari*) désignait cet acte final de la procédure *in jure*; l'instance, le *judicium* s'ouvrait ensuite.

5. Quels furent, dès ce moment, les effets de la *litis contestatio*? C'est là un point sur lequel règne une certaine

[1] Gaius, *Comment.*, 4, § 11.

[2] Gaius, *ibid.*, § 13 et suiv.

[3] Sauf la *pignoris capio*, Gaius, *ibid.*, § 29.

[4] Ce jour s'appelle *dies comperendinus*; cette sommation porte le nom de *comperendinatio*, Gaius, *ibid.*, § 15; Asconius, *in Verr. actio*, 2, lib. 1. § 9.

[5] Loi des Douze Tables, tabl. 1, § 9, p. 84 (*Histoire du droit romain* d'Ortolan); Macrobe, sect. 1, § 6.

[6] Voir Festus, v° *Contestari*.

Digitized by Google

obscurité. Zimmern pense toutefois que, sans avoir la portée précise qu'il eut dans le système formulaire, cet acte produisait déjà le même effet général [1]. Nous sommes donc réduits à des données très vagues sur les conséquences qu'engendrait la *litis contestatio* durant la première époque de la procédure romaine. Ce n'est que dans la période où nous allons entrer que nous les verrons se dessiner nettement et donner naissance à notre maxime.

§ 2. — *Procédure formulaire.*

6. La procédure des actions de la loi était faite pour une époque primitive. Mais une grande révolution sociale s'accomplit graduellement à Rome. La plèbe conquiert ses droits; elle secoue le joug de la domination patricienne, et bientôt les actions de la loi, qui ne rappellent que de funestes souvenirs, tombent sous le coup de la haine populaire. Elles sont supprimées, en principe, par la loi Æbutia et par les deux lois Julia [2], et ne restent usitées que dans des cas exceptionnels [3]. Elles sont remplacées par le système formulaire, ainsi nommé à cause de la *formule* qui le caractérise. La formule est une sorte d'instruction écrite, que le préteur remet aux parties, et qui trace au *judex* les points sur lesquels doit porter sa décision.

7. L'usage de la formule apporte un changement notable dans la procédure romaine. L'invocation des témoins n'est plus indispensable pour constater tout ce qui s'est accompli devant le magistrat et les questions soumises à l'examen du *judex*. La formule contient toutes les énonciations nécessaires; elle tient lieu désormais de la *litis-contestatio*, et vient clore la procédure *in jure* [4]. On désigne cette phase de la

[1] Zimmern, traduction d'Étienne, p. 329.

[2] L'une de ces lois est la *lex judiciorum privatorum* portée par Auguste. Quant à l'autre, on ne sait si elle est la *lex judiciorum publicorum* du même empereur ou si elle doit être attribuée à Jules César.

[3] Notamment quand il s'agissait d'un procès porté devant le collège des Centumvirs, de l'action *damni infecti*, etc...

[4] Il est généralement admis que la *litis contestatio* était le dernier acte de la procédure *in jure*. Ce point résulte notamment des lois 16 et 17 (D., *De procurat.*), 8, § 2 (*ibid.*); 39 pr. (D., *De judic.*), 28, § 4 (*ibid.*), et d'un passage d'Aulu-Gelle (*Noct. attic.*, V, 10, § 1) où l'on place la *litis*

Digitized by Google

procédure par ces mots : *Judicium constitutum, acceptum, lis inchoata, cæpta, lis contestata.*

8. La *litis contestatio* produit, sous le système formulaire, un effet très remarquable qu'il importe de mettre en relief, car nous touchons ici au cœur de notre sujet. Elle fait naître pour chacun des plaideurs l'obligation de subir le cours de l'instance et d'être jugé. C'est là une obligation *ex contractu*, qui exerce sur le droit des parties une influence considérable. Elle entraîne, dans certains cas, la consommation de ce droit *ipso jure*. Une fois déduite en justice, l'action ne peut plus être renouvelée à l'avenir [1].

9. Du principe que nous venons d'établir découle cette conséquence que la *litis contestatio* assure d'une manière définitive et irrévocable la condamnation. L'action, qui a été intentée, constitue désormais un droit acquis. Peu importent sa nature et son origine; elle est mise à l'abri de toute chance d'extinction qui pourrait l'atteindre. Elle est transmise activement ou passivement aux héritiers des plaideurs et fait partie de leur patrimoine.

C'est ce qu'exprime fort bien, d'une manière générale, le texte de Gaius, que nous avons à étudier, et qui forme la première partie de la loi 139 du Digeste (*De regulis juris*).

Voici en quels termes il est conçu :

« *Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel in-*
« *clusæ judicio, salvæ permanent.* »

Plusieurs textes ont fait l'application de ce principe aux diverses actions qui pouvaient être mises en mouvement en droit romain.

10. Chacun sait que toutes les actions n'avaient pas la

contestatio avant la comparution devant le juge dans ces mots : « *litem cum Euathlo contestatur, et quum ad judices conjiciendæ consistendæque causæ gratia venissent...* »

[1] Le droit est éteint *ipso jure*, quand il s'agit d'une action *in personam*, conçue *in jus* et faisant partie des *legitima judicia*. Dans tous les autres cas, l'action peut être renouvelée, mais la partie adverse a pour la repousser le moyen de l'exception *rei in judicium deductæ*. C'est à dessein que, pour indiquer le résultat qui se produit dans la première hypothèse, nous n'employons pas les mots de *novation judiciaire*, dont se sont servis plusieurs auteurs. Ces expressions ne sont pas conformes à la terminologie des jurisconsultes romains, ainsi que l'a fort bien démontré M. Demangeat (*Obligations solidaires*, p. 419 et 420).

Digitized by Google

même durée, et qu'on distinguait à cet égard, suivant qu'elles étaient civiles ou prétoriennes. Les premières, qui prenaient leur origine dans les lois, les sénatus-consultes ou les constitutions impériales, pouvaient être exercées à perpétuité. Quant aux autres, qui dérivaient de la juridiction du préteur, la plupart d'entre elles ne duraient qu'un an [1]. Eh bien! dès que la *litis contestatio* a eu lieu, que l'action soit civile ou prétorienne, elle a désormais la même durée, elle est nécessairement perpétuelle [2].

11. La *litis contestatio* ne modifiait pas seulement la durée des actions. Elle avait aussi le privilège de les rendre transmissibles, de personnelles qu'elles étaient dans certains cas.

Ainsi, les actions pénales, qu'il ne faut pas confondre, du reste, avec les accusations publiques, car elles ne tendaient qu'à une condamnation pécuniaire, à titre de réparation privée, les actions pénales, disons-nous, n'étaient point transmissibles, en thèse générale, contre les héritiers du délinquant, ou, du moins, elles ne passaient contre eux que dans la mesure de ce dont le délit les avait enrichis. A partir de la *litis contestatio*, ces derniers sont passibles des actions pénales dans les mêmes conditions que le défunt lui-même [3].

De même, bien que les actions pénales pussent passer aux héritiers de ceux auxquels elles appartenaient, il y avait néanmoins une exception pour l'action d'injures et pour toutes les actions qui reposaient sur une pensée de vengeance. Cette situation se modifie profondément à partir de la *litis contestatio*, et les actions, qui s'éteignaient par le décès du demandeur, deviennent transmissibles à ses héritiers, dès qu'elles ont été déduites *in judicium* [4].

12. Il ne nous reste plus, pour épuiser ce qui a trait à la procédure formulaire, qu'à indiquer quelle était la durée des instances sous ce régime. Pour la déterminer, il fallait soigneusement distinguer entre les *judicia légitima* et les *judicia*

[1] Étaient néanmoins perpétuelles : l'action *furti manifesti*, les actions données au *bonorum possessor*, à l'*emptor bonorum*, l'action Publicienne et, en général, les actions *rei persoquendæ gratia*.

[2], [3], [4] Voir Paul. L. 8 (D., *De fidej et nomin.*); L. 29 (D., *De novat.*); L. 24 (D., *De liber, caus.*); L. 87 (D., *De reg. jur.*); Gaius. L. 189 (*ibid.*); Ulpien, L. 9, § 3 (D., *jurejur.*); Callistrate, L. 58 (D., *De oblig. et act.*); Ulpien, L. 13 et 28 (D., *De injur.*).

Digitized by Google

imperio continentia. On sait que la première de ces expressions désignait les instances qui étaient organisées avec la réunion de ces trois circonstances : à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, devant l'*unus judex*, citoyen romain, et entre plaideurs, tous également citoyens romains. Les *judicia imperio continentia* étaient, au contraire, les instances qui ne réunissaient pas cette triple condition. La durée des premières était d'abord indéfinie; elle fut réduite plus tard à dix-huit mois par la loi *Julia judiciaria.* Quant aux secondes, elles n'avaient d'autre durée que celle du pouvoir du magistrat devant lequel elles étaient portées *tamdiu valent quamdiu is qui præcepit imperium habebit*[1].

§ 3. — *Procédure extraordinaire.*

13. Dès la fin du IIIe siècle de notre ère, un changement profond s'opère dans le sein de la société romaine. Le pouvoir absolu des Césars commence à s'élever; l'autorité tend de plus en plus à une forte centralisation, et on efface avec un soin jaloux jusqu'aux derniers vestiges des institutions républicaines. Bientôt le siège de l'Empire sera transporté sur les bords du Bosphore, et l'Évangile règnera sur les ruines des autels consacrés aux divinités du paganisme. A un état social nouveau il fallait une organisation judiciaire toute nouvelle. Le système formulaire, qui avait consacré la victoire de la plèbe sur la caste patricienne, avait évidemment fait son temps; il ne devait pas survivre à la chûte des libertés publiques. Déjà, dans quelques cas exceptionnels[2], le magistrat, au lieu de renvoyer devant un juge, tranchait lui-même le différend qui lui était soumis; c'était ce que l'on appelait statuer *extra ordinem.* Par une constitution de l'an 294, Dioclétien transforma cette exception en règle pour la province. Il enjoignit aux présidents de connaître, eux-mêmes, de toutes les causes qui seraient portées devant eux, avec faculté de les renvoyer devant les juges inférieurs ou juges *pédanés,* lorsque leurs occupations ou le nombre de leurs

[1] Gaius, *Comment.*, IV, § 103 et suiv.

[2] Par exemple, dans les restitutions en entier, dans les envois en possession de biens et dans les contestations sur les fidéicommis.

Digitized by Google

affaires les empêcheraient de les retenir[1]. Cette constitution ne tarda pas à être étendue à tout l'Empire.

14. Un trait distinctif caractérise la période dans laquelle nous entrons. La vieille démarcation entre le *jus* et le *judicium* est effacée ; l'autorité, investie du pouvoir judiciaire, résume dans sa personne les doubles attributions du magistrat et du *judex*, et la formule, désormais inutile, finira elle-même par disparaître.

15. La *litis contestatio* perd, sous ce régime, le caractère qu'elle avait précédemment. Elle ne représente plus que l'exposé contradictoire et sommaire du litige devant les magistrats, conformément à la définition que donne la constitution mal à propos attribuée à Sévère et à Antonin[2]. Elle continue à produire des effets remarquables; elle forme toujours entre les parties un contrat judiciaire, en faisant naître, pour elles, l'obligation d'être jugées[3]. Une différence importante la sépare néanmoins de la *litis contestatio*, telle qu'elle existait sous l'empire de la procédure formulaire. Elle n'éteint pas *ipso jure* le droit en vertu duquel les plaideurs agissent ; ce droit reste intact malgré l'instance[4]. L'action, une fois intentée, peut donc être renouvelée; elle ne peut être repoussée que par le secours d'une exception. Seulement, plusieurs des effets de la *litis contestatio* sont transportés à la citation. Arcadius décide que les actions temporaires seront perpétuées à l'avenir par la demande du rescrit impérial[5].

Théodose II n'attribue cet effet qu'à la signification du rescrit à l'adversaire[6].

Justinien revient enfin au système d'Arcadius. D'après une constitution de cet empereur, la *rescripti impetratio* suffit pour perpétuer les actions prétoriennes, qui sont annales[7].

16. Avant de terminer cet exposé, nous avons à faire

[1] Cod., 3, 3, 2, Constit. Dioclét.
[2] L. 1, Cod., *De lit. contest.*
[3] Nov. 53, cap. III.
[4] Instit., liv. IV, tit. XIII, § 5.
[5] L. 8, Cod. Theod., *De div. rescr.*; L. 1, Cod., *Quandò libell.*
[6] L. unica, Cod. Theod., *De act. cert. temp.*
[7] L. 1, Cod., *Quando libell.*

Digitized by Google

connaître quelle était, sous l'empire de la procédure extraordinaire, la durée, soit des instances, soit des actions qui en étaient l'objet, et dans quel sens on entendait la perpétuité de ces dernières.

Par suite de la suppression du *judiciorum ordo*, toutes les instances sont assimilées aux *judicia imperio continentia*[1]. Elles n'ont, par conséquent, d'autre durée que celle des pouvoirs du magistrat qui les avait organisées. Mais tous les magistrats étant nommés à vie, la durée des instances, et avec elles celle des actions, devient nécessairement indéfinie. Constantin apporte des restrictions à ce principe pour l'action de dol, la restitution en entier pour cause de minorité et les instances concernant le fisc[2]. Plus tard, Théodose II soumet à la prescription de trente ans les actions perpétuelles; cette prescription est interrompue par la signification du rescrit impérial ou la *litis contestatio;* l'action a une nouvelle durée de trente ans à partir de ce moment[3].

Justinien porte la durée de toute action déduite en justice à quarante ans à partir du dernier acte de procédure. La décision de cet empereur est motivée par l'intérêt que mérite celui qui, s'étant engagé dans des débats judiciaires, est empêché par un accident quelconque d'arriver à ses fins. On ne doit pas l'assimiler à celui qui a toujours gardé le silence; aussi son action est-elle soumise à une prescription plus longue que la prescription ordinaire[4].

Enfin, la fameuse loi *Properandum* du même empereur[5] dispose que la durée des instances ne peut dépasser, à l'avenir, le délai de trois ans à partir de la *litis contestatio :* « *ne lites fiant pene immortales et vitæ hominum modum excedant.* » Beaucoup d'auteurs ont vu dans cette loi l'origine de la péremption moderne. Il est fort douteux, cependant, qu'elle ait soumis à une véritable péremption toute instance, qui aurait été prolongée au delà du terme de trois ans. Elle

[1] Instit., liv. IV, tit. XIII, § 5.

[2] L. 1, Cod. Theod., *De dolo;* L. 8, Cod., *De dol.;* L. 2 pr., § 1, 3, Cod. Theod., *De integ. restit.*, liv. 5, pr. L. 7, pr. Cod., *De temp. in integ. restit.;* L. 4, Cod. Theod., *De jure fisci.*

[3] L. unica § 1, Cod. Theod., *De act. cert. temp.*

[4] L. 9, Cod., *De pr.* 30 *vel* 40 *ann.*

[5] L. 13, Cod., *De judic.*

Digitized by Google

s'adresse plutôt aux juges, ainsi qu'il résulte de ces derniers mots : « *non esse eis (judicibus) concedendum ulterius lites quam* « *triennii spatio extendere. Hoc etenim judicialis magis esse* « *potestatis nemo est qui ignoret : nam si ipsi noluerint, nullus* « *tam audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare.* »

CHAPITRE II. — ANCIEN DROIT.

§ 1. — *L'ancien droit a-t-il consacré la théorie du contrat judiciaire résultant de l'instance?*

17. Nous venons de rechercher dans la législation romaine les origines de la maxime que nous avons à étudier. Nous allons examiner maintenant quelle fut sa destinée dans l'ancienne jurisprudence française. C'est là assurément la partie la plus ardue de notre tâche. La période que nous abordons est loin de briller par l'uniformité et la précision de ses doctrines. L'esprit s'y heurte à chaque instant à des incertitudes, à des contradictions, et il a de la peine parfois à retrouver le fil, qui doit le guider au milieu de ce dédale.

18. Demandons-nous si l'ancien droit a consacré la théorie du contrat judiciaire résultant de l'instance. Ce point est assez difficile à démêler.

Voici tout d'abord Despeisses[1] qui, dans le passage suivant, semble admettre l'existence de ce genre de contrat :

« La novation, dit-il, se fait, ou volontairement, comme « par contrat, ou par la nécessité, comme *par la contestation*, « ou par la sentence (L. 29, D., *De novat.*). Elle se fait *par la* « *contestation du procès*, lorsque le créancier a formé sa de- « mande et contesté le procès contre celui qui lui a été « délégué par son débiteur (L. 11, § 1, D., *De nov.*). Elle se « fait par la sentence lorsque le créancier a agi contre le « débiteur avec lequel il a contracté (L. ult. Cod., *Usur. rei* « *judic.*). »

Denizart[2], au contraire, n'indique, en fait de *novation contrainte*, que celle qui résulte des condamnations judiciaires.

Quant à Pothier[3], il se borne à faire remarquer[3] « qu'il ne

[1] 4e partie, tit. V (de la Novation), n° 2.
[2] Ve DÉLÉGATION *et passim*.
[3] *Obligations*, n° 584.

Digitized by Google

« dira rien de la novation qui résultait *ex litis contestatione*, « les principes du droit romain n'étant plus, dit-il, d'usage « parmi nous ».

Ce passage n'est pas de nature à jeter un très grand jour sur les effets juridiques attachés à l'instance sous notre ancienne législation.

Notre perplexité ne fait qu'augmenter, si nous lisons dans le répertoire de Merlin les quelques lignes consacrées par Garran de Coulon au problème qui nous occupe[1].

Cet auteur commence par déclarer « qu'il est inutile de « s'étendre sur le sujet de la novation judiciaire, parce qu'on « n'a point songé à en appliquer les principes aujourd'hui ». Plus loin, il ajoute cependant[2] que la « *novation nécessaire n'est point absolument étrangère à nos mœurs.* »

Mais quels sont les principes que l'on doit appliquer? Quels sont ceux qui doivent être répudiés? Garran de Coulon nous laisse, à cet égard, dans le plus grand embarras.

19. Quoi qu'il en soit, recherchons si la maxime *actiones semel...* a été recueillie par notre ancienne jurisprudence et dans quel sens elle était entendue par nos légistes, en examinant successivement les deux effets de cette règle relatifs à la transmissibilité et à la durée des actions.

§ 2. — *De la transmissibilité des actions.*

20. Qu'en est-il tout d'abord de la transmissibilité des actions personnelles, de celles qui sont tellement attachées à la personne de celui auquel elles sont accordées, qu'on a pu dire avec vérité qu'elles périssent avec lui, *morte pereunt*? Quel était le sort de ces actions? A quel moment de l'instance et sous quelles conditions devenaient-elles transmissibles pour ou contre les héritiers?

21. Prenons pour exemple une action qui portait avec elle, au plus haut degré, l'empreinte de la personnalité, l'action en séparation de corps. Rousseau de la Combe cite, sur ce point[3], un arrêt rendu le 28 mars 1746 par la troisième Chambre des Enquêtes. Il en ressort que malgré le décès de

[1] *Rép.*, v° NOVATION, § 1 *in fine.*
[2] *Ibid.*, § 2 *in fine.*
[3] V° SÉPARATION, p. 1, n° 21.

Digitized by Google

l'un des époux, l'instance en séparation peut être, depuis la contestation en cause, reprise par ses héritiers, « parce que l'action d'injure *contestée* passe à l'héritier et contre l'héritier; qu'encore qu'après la mort de l'un des conjoints, il ne s'agisse que de séparation, la femme ou ses héritiers ont intérêt de faire juger, s'il y a lieu, la séparation, à cause des intérêts de la dot ».

22. Parmi les motifs donnés à l'appui de l'arrêt de 1746, nous découvrons la théorie de la transmissibilité des actions personnelles. La contestation en cause a, d'après Rousseau de la Combe, la vertu d'opérer cette transformation. C'est là une réminiscence plus ou moins heureuse des principes de la procédure formulaire. Du moment qu'on adoptait les traditions du droit romain, ne fallait-il pas plutôt s'attacher aux errements suivis sous les empereurs chrétiens et décider alors que la citation seule devait avoir pour effet de rendre transmissibles les actions personnelles?

23. Qu'était-ce, du reste, que *la contestation en cause* dans notre ancien droit?

Il est essentiel que nous fassions connaître, dès à présent, en quoi consistait cet acte important.

Avant l'ordonnance d'avril 1667, on entendait, par « contestation en cause, suivant la Pratique de Tagereau [1], le « règlement qui nouait la cause, après les défenses fournies « par les parties ».

D'après la coutume de Paris [2], la cause était contestée quand il y avait eu règlement sur les demandes ou défenses des parties, ou quand le défendeur était défaillant et débouté de ses défenses.

24. L'ordonnance d'avril 1667 vint donner à la contestation en cause une définition légale dans l'article 14 du titre qui est relatif à ce sujet :

« La cause, y est-il dit, sera tenue pour contestée par le « premier règlement, appointement ou jugement qui inter- « viendra après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas « été signifié. »

[1] Ch. XLII, p. 137.
[2] Art. CIV.

Digitized by Google

Pour qu'il y ait contestation en cause, le concours de trois conditions est indispensable. Il faut :

1° Qu'il y ait eu des défenses fournies;

2° Que la cause ait été portée à l'audience;

3° Que le juge ait rendu un règlement, un appointement ou un jugement.

L'ordonnance exige l'audition des parties et le prononcé d'un acte émanant du magistrat; car, par le sens qui s'y attache, la contestation en cause suppose nécessairement un acte, qui s'accomplit en présence de témoins.

25. Après cette digression nécessaire, revenons bien vite à la transmissibilité des actions personnelles.

La doctrine enseignée par Rousseau de la Combe se retrouve également dans les Questions de droit de Merlin [1]. Ce jurisconsulte examine le point de savoir si les héritiers du mari peuvent continuer les poursuites en adultère exercées par celui-ci contre sa femme. Il mentionne, à ce propos, une espèce jugée par arrêt de la Cour de cassation du 2 ventôse an XI. Il reproduit les savantes conclusions qu'il donna dans cette circonstance et dans lesquelles il pose, en principe, que les actions pénales se transmettent aux héritiers de la partie lésée, lorsqu'elles ont été intentées jusqu'à la contestation en cause.

26. La doctrine d'après laquelle cet acte produisait seul la transmissibilité des actions personnelles était cependant loin d'être unanimement acceptée.

La coutume de Bretagne consacrait même, en matière d'adultère, un principe tout différent.

L'article 450 de cette coutume était ainsi conçu : « Au « cas où la femme se forferait en sa personne, dont le mari, « durant le mariage, en aurait fait plainte, elle perdra son « douaire, son action, et autres avantages provenant de son « mari. »

Pour que les héritiers du mari pussent invoquer cette disposition, il n'était pas nécessaire, d'après Duparc-Poullain [2], que ce dernier eût porté une plainte en justice. Il suffisait, par exemple, qu'il eût fait enfermer sa femme dans une

[1] T. VI, v° Dot, § 5.

[2] *Journal des audiences et arrêts du Parlement de Bretagne*, t. I, p. 302.

Digitized by Google

maison de prostituées, car, dit-il, « *præparata à defuncto querela aut commodata hæredi datur* [1] ».

Cette opinion était également celle de Louet et de d'Argentré [2].

27. L'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude avait été aussi l'objet d'une controverse intéressante, au point de vue de notre règle.

Nous n'avons pas besoin de rappeler que cette action était, en principe, intransmissible d'après les lois 1, 7 et dernière du Code (*De revoc. donat.*).

Ricard enseigne [3] que, par l'effet de la contestation en cause, elle passe, soit aux héritiers du donateur, soit contre les héritiers du donataire.

On soutient, il est vrai, que « l'ingratitude étant une espèce « de crime, on ne peut condamner la mémoire des défunts ; « et même si, ayant été condamnés, ils décèdent pendant « l'appel qu'ils ont interjeté de la sentence qui était inter- « venue contre eux, la justice s'abstient de mêler ses mains « dans leurs cendres, et le public les répute innocents ».

Ricard répond à cet argument que ce motif est purement spécieux, qu'il n'est applicable que *lorsqu'il s'agit de grands crimes et d'une peine corporelle publique*, et que, dans tous les cas, les héritiers du délinquant sont toujours passibles d'une action civile, lorsque l'intérêt pécuniaire de la partie lésée est la seule base de l'action intentée contre eux.

28. Mais il ne suffit pas, d'après lui, que l'action ait été intentée, pour qu'elle devienne transmissible.

« L'action ne commence, dit-il, à avoir sa forme qu'au « jour de la contestation; jusqu'à ce moment, elle est impar- « faite, et elle est considérée comme si elle n'avait jamais « été ; tous les actes qui ont été faits sans elle deviennent « sans effet, de sorte que le demandeur est réputé être « demeuré dans les termes d'une simple volonté, et comme « s'il n'avait jamais intenté son action..... »

L'auteur assimile ensuite à l'action d'injures l'action en révocation pour cause d'ingratitude. Elles ont l'une et l'autre

[1] Lettre D, ch. 43, et lettre J, ch. IV.
[2] Art. 429.
[3] IIIe partie, nos 704 et suivants.

Digitized by Google

pour but principal la réparation d'un outrage. Elles doivent donc être gouvernées par les mêmes règles; on doit les appliquer à l'action en révocation avec d'autant plus de raison, que l'on peut supposer, tant que la cause n'a pas été contestée, que le donateur se serait peut-être laissé fléchir et qu'il n'aurait point poussé les choses jusqu'au bout.

Telle est, en somme, la doctrine de Ricard. Voilà quels sont les motifs ingénieux et tout nouveaux qu'il cherche à donner à l'appui des effets qu'il attribue à la contestation en cause.

29. L'opinion de Ricard est combattue toutefois par Furgole[1].

Ce jurisconsulte se demande : « s'il est nécessaire que la « cause soit contestée avant la mort du donateur ou du « donataire, afin que l'action passe aux héritiers ou contre « les héritiers. Ricard, qui considère, dit-il, cette action « (l'action en révocation de donation pour cause d'ingrati- « tude) comme purement pénale, tient que la cause doit être « contestée, autrement l'ingratitude est éteinte par la mort « du donateur ou du donataire. Le sentiment de cet auteur « serait fondé, s'il s'agissait d'une action purement pénale; « mais comme j'ai montré ci-dessus qu'elle avait pour objet « la répétition des biens donnés, et qu'elle était par consé- « quent *rei persecutoria*, on ne doit pas se fixer par les lois, « qui ne parlent que de purs délits; mais il faut prendre « garde que la loi dernière (Cod., *De revoc. donat.*), qui a mis « la dernière main à cette matière en décidant que l'action « ne peut pas être commencée par les héritiers ni contre les « héritiers, lorsque le donateur a gardé le silence, donne à « entendre en même temps que si le donateur s'est plaint, « et s'il a intenté son action, cela suffit pour la réaliser, « d'autant mieux que, suivant la jurisprudence du Parlement « de Toulouse, *la demande en justice opère le même effet que* « *la contestation en cause opérait en droit romain.* »

Ce qu'il faut noter dans ce passage, ce n'est pas seulement la divergence qui s'était élevée entre Furgole et Ricard au sujet de l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, mais encore l'indication d'une doctrine, d'après

[1] *Des testaments*, ch. XI, sect. I, nos 143 et suiv.

Digitized by Google

laquelle l'exploit d'ajournement équivalait à la contestation en cause et en produisait tous les effets.

Cette doctrine était beaucoup plus logique, il faut en convenir, malgré les raisons subtiles données par Ricard; elle avait l'avantage d'être seule conforme aux derniers errements du droit romain.

30. Elle avait pour elle l'autorité de Pothier. Voici en quels termes il s'explique sur notre question spéciale (*Donations*, n° 205) :

« Si la demande, dit-il, a été une fois donnée contre le « donataire, et qu'il meure pendant l'instance, elle peut être « reprise contre les héritiers du donataire, en vertu de cette « règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt*, « *semel inclusæ judicio salvæ permanent* (L. 139, D., *De reg.* « *juris*). Par le droit romain, il fallait pour cela qu'il y eût « *litis contestatio;* mais, selon nos mœurs, *le simple exploit* « *de demande suffit pour cela et équipolle à la litis contestatio.* « Par la même raison, lorsque la demande a été une fois « donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut « suivre l'instance..... »

§ 3. — *De la perpétuation des actions.*

31. Dans l'ancien droit, la plupart des actions étaient soumises à la prescription trentenaire. Quelques-unes cependant, comme l'action en retrait lignager, s'éteignaient après un an ou même après un laps de temps beaucoup plus court. Le délai auquel était soumis leur exercice pouvait être écoulé avant que l'instance fût arrivée à sa fin; c'était donc une question ayant la plus haute portée pratique, que celle de savoir quelle transformation ces actions pouvaient subir par le fait de l'instance.

32. La plupart des auteurs et des arrêts des parlements ne faisaient qu'appliquer la doctrine de Ricard. A leurs yeux, l'instance n'était parfaite que lorsqu'il y avait eu contestation en cause; les actions n'étaient modifiées, au point de vue de leur durée, que lorsque la procédure était arrivée à cette phase de son développement.

Pour savoir quelle était la vertu attachée à l'ajournement,

Digitized by Google

ils distinguaient donc s'il avait été suivi ou non de la contestation en cause.

Dans le premier cas, l'action devenait perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle était sujette à la durée ordinaire des actions. La contestation en cause était, pour employer les expressions si pittoresques de Boniface[1] « comme le sel qui conserve et « entretient l'action ».

Dans le second cas, au contraire, l'effet interruptif de la prescription résultant de l'ajournement cessait dès qu'il s'était écoulé, sans poursuites, un temps suffisant pour entraîner la prescription spéciale de l'action.

Cette distinction était très critiquable, car si l'ajournement avait par lui-même le privilège d'interrompre la prescription, pourquoi cette vertu cessait-elle quand il n'avait pas été suivi de la contestation en cause ?

33. On apportait toutefois une restriction à l'effet produit par l'ajournement dans la première hypothèse, si l'instance était restée impoursuivie pendant un certain temps. La plupart des parlements admettaient dans ce cas la péremption de l'instance par le laps de trois ans.

D'autres cependant, ceux de Grenoble et de Besançon, par exemple, ne soumettaient l'instance qu'à la prescription trentenaire[2].

De même, d'après certaines coutumes[3], l'instance ne pouvait s'éteindre que par l'effet de l'interruption annale; mais il était facile de se faire relever de cette déchéance.

Enfin, les parlements de Bretagne et de Normandie n'appliquaient la péremption que lorsqu'elle se combinait avec la prescription pour anéantir le droit[4].

Dans tous ces cas, l'instance, et avec elle les conséquences qui en découlaient, étaient complètement anéanties, et la

[1] T. I, 1, liv. VIII, tit. I, ch. IX.

[2] Voir aussi Coutume de Bretagne, tit. 4, art. 2.

[3] Bouteiller, *Somme rurale*, tit. 20, quant un procès est interrupt. — Décision de Jean Desmares, n° 148; Brodeau sur Louet, lettre P, som. 17. Cambrai, tit. 26, art. 7; Tournai, tit. 3, art. 1; La Salle de Lille, tit. 25, art. 17; Lille, tit. 10, art. 140; Ponthieu, tit. 13, art. 167; arrêt du parlement de Flandre du 24 juillet 1702; Merlin, v° PÉREMPTION, sect. 1, § 1-9°, 4.

[4] Duparc Poullain, *Principes de droit français*, liv. III. ch. XVII, sect. 5, n° 104.

Digitized by Google

prescription de l'action, interrompue par l'ajournement, reprenait son libre cours dans le passé comme dans l'avenir.

34. Mais à partir de quel moment courait le délai nécessaire pour opérer la péremption de trois ans dans les ressorts où elle était en vigueur?

Des divergences éclataient sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Les uns exigeaient la comparution des deux parties pour que la péremption pût courir[1].

D'autres allaient même plus loin et ne faisaient courir le délai de la péremption qu'à partir de la contestation en cause[2].

Cette doctrine était fondée, tout d'abord, sur le texte de la fameuse loi *Properandum*, aux termes de laquelle les litiges ne devaient pas dépasser le terme de trois ans à partir de la *litis contestatio « non ultra triennii metas post litem contestatam « esse protrahendas...* ».

Elle était motivée, en outre, par un intérêt fiscal. Du moment que l'instance ne commençait qu'à partir de la contestation en cause, on arrivait ainsi à soumettre les ajournements à la *surannation*, c'est-à-dire à la prescription particulière d'un an, qui atteignait tous les actes extra-judiciaires. D'où la nécessité de recourir souvent à de nouvelles assignations, et comme les mandements du juge et les lettres royaux, en vertu desquels elles étaient signifiées, n'avaient de valeur que pendant un an, il fallait se pourvoir encore à la chancellerie et acquitter de nouveaux droits[3]. Aussi cette doctrine était-elle rejetée dans les Parlements où la simple *surannation* des actes de procédure n'était pas connue, notamment dans le ressort du Parlement de Paris.

Enfin, quelques jurisconsultes faisaient produire à la contestation en cause des effets complètement opposés. Cet acte emportant, d'après eux, novation, il s'opérait, à ce moment de la procédure, une transformation dans le droit des plaideurs; le droit qui servait de base à leur action était remplacé par un droit nouveau. Ils en tiraient cette conséquence,

[1] Duplessis, consultation XI; Henrys, t. II, liv. IV, ch. VI, quest. 101.
[2] Duparc-Poullain, liv. III, ch. XVII, sect. 5, n° 99.
[3] Loiseau, *Des offices*, liv. II, ch. IV, n° 47.

Digitized by Google

que désormais l'instance et l'action n'étaient plus sujettes qu'à la prescription ordinaire et que les actes antérieurs à la contestation en cause tombaient seuls sous le coup de la péremption.

35. L'ordonnance de Roussillon de janvier 1563 vint trancher toutes ces difficultés. Son article 15 s'exprimait en ces termes :

« L'instance intentée, ores quoiqu'elle soit contestée, si, « par laps de trois ans, elle est discontinuée, n'aura aucun « effet de perpétuer ou proroger l'action; ains (mais) aura la « prescription son cours, comme si ladite instance n'avait « été formée ni introduite, et sans qu'on puisse prétendre la « prescription avoir été interrompue. »

L'exécution de cette ordonnance rencontra, néanmoins, certaines difficultés. Quelques Parlements se montrèrent récalcitrants; l'article 91 de l'ordonnance de 1629 eut pour but de les soumettre.

36. L'ordonnance de 1563 ne put faire cesser toutes les controverses que la matière délicate de la péremption avait soulevées.

Bartole soutint[1], malgré le texte si clair de sa disposition, que la *litis contestatio* ayant perpétué l'action, cet effet devait survivre à la péremption de l'instance. Ce principe ne cessait, d'après lui, d'être applicable que si le demandeur avait renoncé définitivement à plaider, *si actor a lite destiterit, quod est si in totum deposuerit animum litigandi.* C'est dans ce dernier sens qu'il entendait l'application de l'article 13 de l'ordonnance de Roussillon.

37. Ce sentiment n'était point partagé par Mornac[2]. Ce jurisconsulte faisait remarquer, avec beaucoup de raison, que la *litis contestatio* avait été dépouillée par l'ordonnance de tous ses vieux privilèges, et qu'elle ne pouvait plus désormais perpétuer l'action que si l'instance n'était pas périmée.

L'opinion de Bartole paraît, du reste, être restée à peu près sans écho dans notre ancienne jurisprudence.

38. Demandons-nous maintenant quelle situation fut faite par l'ordonnance de Roussillon aux actions bornées à un

[1] *Observations*, liv. IV, ch. XXIX.
[2] Sur la loi 13, Cod., *De judiciis.*

Digitized by Google

court terme. Leur perpétuation fut-elle toujours soumise à la condition que l'instance serait contestée?

Des autorités graves et nombreuses soutinrent l'affirmative[1]. L'article 15 de l'ordonnance ne distinguait pas cependant entre les actions annales et les actions ordinaires. Quand l'instance était contestée, quel qu'en fût l'objet, elle se périmait par trois ans. Pourquoi distinguer entre les diverses actions quand il n'y avait pas eu de contestation en cause? L'assimilation ne devait-elle pas être aussi complète dans ce cas que dans l'autre?

Cette doctrine, que Merlin a combattue avec beaucoup de force et de logique[2], comptait notamment Pothier parmi ses défenseurs.

« C'est une maxime fondée, dit-il[3], sur plusieurs anciens « arrêt, que la demande en retrait lignager et toutes les au- « tres actions annales se périment par un an, *lorsqu'elles n'ont « pas encore été contestées.* L'ordonnance de Roussillon et « l'arrêté de 1692, qui déclarent que toutes les instances non « contestées se périment par trois ans, ne doivent s'entendre « que des actions ordinaires et non des annales, leur esprit « ayant été d'abréger le temps des péremptions et non de « les prolonger. Mais lorsque ces actions ont été contestées, « elles ne se prescrivent plus que par trois ans. »

39. Que faut-il, en somme, conclure de l'exposé auquel nous venons de nous livrer? C'est que l'obscurité la plus complète règne dans cette partie de notre droit sur le point de savoir si l'instance faisait naître un contrat judiciaire, et de quels actes de procédure il résultait. Était-ce, ainsi que le décidait le Parlement de Toulouse, l'ajournement seul qui produisait cet effet? ou bien fallait-il, conformément à l'opinion de Ricard, qu'il eût été suivi de la contestation en cause? Quelles étaient enfin, soit avant,

[1] Voir Filleau, partie IV, ch. XCV; Louet, lettre J, § 2; Levest, art. 186; Vrevin, *Traité des péremptions,* ch. XLV; Chenu, centurie 1, quest. 95; Bourdin, sur l'édit de 1539, art. 61; Laferron, Coutume de Bordeaux, tit. II; Papon, Coutume du Bourbonnais, art. 901; Chopin, Coutume d'Anjou, liv. I, ch. LXXXII, nos 4 et 5; Lamoignon, *Arrêtés,* titre des péremptions, art. 10.

[2] *Questions de droit,* PRESCRIPTION, § 4. Voir aussi Melenet, quest. 67.

[3] *Traité du retrait,* n° 278.

Digitized by Google

soit après l'ordonnance de Roussillon, les conséquences de cette phase importante de la procédure, au point de vue de la durée des actions et spécialement de celles qui devaient être exercées dans un court délai? C'étaient là autant de questions qui divisaient autrefois la doctrine et la jurisprudence. On comprendra combien il est difficile de trouver de l'homogénéité sur tous ces points, quand on voit Pothier, ainsi que Merlin, embarrassés pour formuler un principe, et Pothier lui-même tomber dans certaines contradictions. Après avoir enseigné, au sujet de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, que l'ajournement équivaut à la *litis contestatio* des Romains, il déclare que, même depuis l'ordonnance de Roussillon, la durée des actions annales n'est prorogée que si l'instance a été contestée! Ne fallait-il pas opter pour l'un des deux principaux systèmes qui étaient en présence, et s'attacher à l'ajournement ou à la contestation en cause, au lieu d'adopter cette doctrine hybride, qui admet tantôt l'un, tantôt l'autre de ces systèmes? C'est dans ces conditions que nous allons passer à notre droit français, et, puisque le guide habituel de notre législateur en matière d'obligations ne peut nous donner aucune théorie positive sur le problème qui nous occupe, puisque nous ne découvrons partout que doute et incertitude, il nous est permis de dire que nous n'avons en face de nous aucune tradition qui s'impose, et que nous devons, plus que jamais, aborder l'étude de notre droit civil, avec l'esprit dégagé de tout parti pris, de toute idée préconçue.

CHAPITRE III. — Droit français moderne.

§ 1. — *De l'existence dans notre droit actuel du contrat judiciaire résultant de l'instance.*

40. Une question se pose d'abord. Notre législateur a-t-il admis ou repoussé la théorie du contrat judiciaire résultant de l'instance?

Nous ne pensons pas, pour notre part, qu'il ait accordé à un acte précis de la procédure la vertu d'opérer un lien juridique quelconque. D'où résulterait, en effet, ce lien que plusieurs jurisconsultes ont cru voir? Nous cherchons en

Digitized by Google

vain dans notre législation un acte correspondant à la *litis contestatio* des Romains, à la contestation en cause de l'ancien droit.

Malgré tout notre bon vouloir, il nous est impossible de le découvrir. Dans ses observations sur l'article 118 du Code de procédure, la Cour de cassation avait demandé, il est vrai, à introduire dans notre droit un acte de cette nature. Elle avait présenté le projet suivant :

« Il y a contestation en cause, et le juge peut se prononcer « sur le fond du différend, lorsque le défendeur a donné ou dû donner ses exceptions péremptoires ou ses défenses. » Mais ce projet n'a pas été accepté, et notre Code de procédure civile ne prononce pas même le mot contestation en cause.

Croirait-on la trouver dans les articles 342 et 343 de ce Code ? Mais ces dispositions appartiennent à un ordre d'idées différent de celui qui nous occupe. Elles édictent que les changements d'état des parties, le changement de fonctions dans lesquelles elles procédaient, leur mort, les décès, démissions, interdictions, ou destitutions de leurs avoués, ne pourront retarder en rien la solution du procès, toutes les fois que l'instance aura atteint la phase qu'elles indiquent. La défense des parties est supposée être complète à ce moment : voilà pourquoi les événements prévus par le législateur sont sans influence sur le sort de l'instance et le jugement doit être, dans tous les cas, rendu. Les articles 342 et 343 du Code de procédure civile, qui n'ont fait que s'inspirer d'un principe posé par l'ordonnance de 1667, sont tout à fait étrangers, par leurs termes et par leur esprit, à la théorie du contrat judiciaire, et ce serait faire fausse route que d'en tirer la conclusion que l'on voudrait en faire sortir.

Verra-t-on dans l'ajournement lui-même la cause d'un contrat ? Dira-t-on qu'il fait naître pour les deux parties ou, tout au moins, pour le demandeur, l'obligation légale de subir le cours de l'instance ? Mais rien ne démontre que notre législateur ait attribué à cet acte une vertu pareille. Il produit, sans doute, des effets très importants dans notre droit ; il interrompt notamment la prescription et proroge la durée des actions qui doivent être exercées dans un court délai. Ces effets ne présupposent pas, toutefois, l'existence

Digitized by Google

d'un rapport contractuel quelconque. Cette doctrine n'était pas même exacte en droit romain où la *litis contestatio* n'a pas cessé d'être l'unique source de l'obligation *ex contractu* naissant entre les plaideurs. Seulement, plusieurs de ses privilèges ont été transportés, soit à la citation, soit au jugement; et, en ce qui concerne notre maxime, nous voyons que les actions temporaires ont été perpétuées, tantôt par la demande du rescrit impérial, tantôt par sa signification. Nous n'avons lu nulle part que ces actes aient fait naître, à proprement parler, un lien de droit entre les plaideurs.

Ces principes auraient-ils été modifiés par notre législateur? Rien ne le prouve.

On invoquerait vainement l'article 403 du Code de procédure civile, qui exige que le désistement soit accepté par l'adversaire; ce qui semble impliquer, au premier abord, l'idée d'un lien de droit découlant de l'instance. Il est utile de faire remarquer ici, avec la Cour de cassation[1], que cette acceptation n'est nécessaire que lorsque le défendeur a, par des conclusions prises sur le fond du débat, indiqué clairement son intention de suivre l'instance devant la juridiction qui en était saisie. Alors seulement il intervient entre les parties, toutes les fois qu'une raison d'ordre public ne s'y oppose pas, un véritable contrat de procédure, qui les oblige à suivre les phases du procès devant les juges qu'elles ont acceptés.

On ne peut nous opposer non plus la maxime *Electa una via non datur recursus ad alteram*[2]. Cette règle, qui a été consacrée par les articles 5 de la loi du 25 mai 1838 et 3 du Code d'instruction criminelle, ne peut s'expliquer, il est vrai, que par l'idée d'un lien de droit résultant de l'instance. Ce lien n'existe pas, toutefois, dès son introduction; il n'est réellement formé que lorsque l'autre partie a saisi les mêmes juges par des conclusions prises au fond. Jusqu'à ce moment, le demandeur est libre de retirer sa demande et de déserter le prétoire devant lequel il a traduit son adversaire.

[1] Cass. 18 juillet 1859 (P., 1860, p. 213); 18 mars 1868 (P., 1869, p. 750); 11 novembre 1874 (P., 1875; p. 1013).

[2] Voir sur cette maxime une remarquable étude de M. le premier président Bazot (*Revue pratique*, t. XXXV, p. 553 et suiv.).

Digitized by Google

§ 2. — *De la transmissibilité des actions.*

41. Maintenant que nous nous sommes expliqué au sujet de la théorie du contrat judiciaire, déterminons les effets de l'instance par rapport à la transmission des actions personnelles.

En thèse générale, les héritiers légitimes et irréguliers sont investis de l'exercice des droits et actions du défunt, les premiers *ipso facto*, les seconds en vertu de l'envoi en possession qu'ils obtiennent de la justice. Ce principe fléchit, toutefois, quand il s'agit d'actions essentiellement attachées à la personne.

Nous n'essayerons pas d'indiquer ici à quels signes on reconnaît ces actions personnelles. Personne n'ignore combien les définitions sont périlleuses, et combien il est difficile d'en donner une en cette matière, qui soit d'une absolue exactitude. Plusieurs exemples feront mieux saisir toute notre pensée.

Recherchons donc si l'instance apporte une exception aux principes généraux, si elle a la vertu de rendre transmissibles, d'intransmissibles qu'elles étaient, ces actions qui ne font pas partie du patrimoine laissé par le défunt, et dont l'exercice était subordonné à la seule volonté de ce dernier. Notre Code a-t-il consacré une pareille théorie? On croit en trouver la preuve dans les articles 330, 317, et 957 du Code civil; étudions de très près ces dispositions.

42. Que dit tout d'abord l'article 330 du Code civil relatif à l'action en réclamation d'état?

Voici quels sont ses termes :

« Les héritiers peuvent suivre cette action, lorsqu'elle a « été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût dé- « sisté formellement, ou qu'il n'ait laissé passer trois années « sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure. »

Nos adversaires s'empressent de triompher. D'après eux, l'instance rend désormais transmissibles les actions personnelles, puisque tel est l'effet qu'elle produit sur l'action en réclamation d'état.

Ce raisonnement pèche par sa base.

Dans l'hypothèse même, où il serait établi que l'action

Digitized by Google

dont il s'agit est strictement personnelle, on pourrait soutenir que l'on se trouve en face d'une disposition exceptionnelle, que l'on a tort de vouloir généraliser. Nous devons convenir cependant que cet argument aurait alors une très grande portée. Mais cette objection tombe bien vite devant le texte de l'article 329 du Code civil. Cet article dispose que l'action peut être intentée par les héritiers de l'enfant, qui n'a pas réclamé, quand il est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité. Ainsi voilà le droit d'intenter l'action en réclamation d'état qui peut naître, suivant les cas, dans la personne des héritiers eux-mêmes ; ce qui est absolument incompatible avec le caractère d'une action rigoureusement personnelle. Qu'y a-t-il d'étonnant dès lors à ce que cette action puisse être continuée par eux? Quand l'enfant est décédé, laissant une instance pendante, la loi, se fondant sur une manifestation expresse de sa volonté, ne fait qu'étendre le droit d'action qui appartenait, en principe, aux héritiers.

Il est utile, du reste, de remarquer que l'action change de nature en passant entre leurs mains. D'imprescriptible qu'elle était, elle devient prescriptible et aliénable [1] (Arg. de l'art. 328 du C. civ.).

On ne pourrait nous opposer non plus l'article 317 du Code civil. La doctrine est, il est vrai, unanime pour reconnaître que, d'après ce texte sainement interprété, les héritiers du mari succèdent à l'action en désaveu par lui introduite. Mais cette disposition s'explique tout naturellement par un ordre de considérations absolument semblable à celui que nous avons fait valoir au sujet de l'article 330. Quelle que soit la gravité des intérêts qui s'agitent à propos d'une action en désaveu, notre législateur n'a pas voulu en faire une action purement personnelle. Il a accordé aux héritiers du mari, et même à ses successeurs, le droit de l'intenter dans le cas où ce dernier est mort, sans avoir usé des délais qui lui étaient impartis. Entre leurs mains, l'action se transforme comme celle de l'article 330. Elle avait auparavant un côté moral

[1] Proudhon, t. II, p. 121; Toullier t. II, n° 910; Duranton, t. II, n° 151; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 290; Aubry et Rau, t. IV, p. 556; Demante, t. II, n° 55 *bis*, VI; F. Hérold, *Revue pratique* (1860, t. X, p. 129).

Digitized by Google

qui dominait; elle a, au contraire, un objet surtout pécuniaire chez les héritiers; aussi peut-elle être exercée par tous les créanciers [1].

48. Les partisans de la doctrine *Actiones semel...* invoquent également, à l'appui de leur opinion, le texte final de l'article 957 du Code civil, qui a trait à l'action en révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Il importe de le relire : « Cette révocation, y est-il dit, ne pourra être de-
« mandée par le donateur contre les héritiers du donataire,
« ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à
« moins que, *dans ce dernier cas*, l'action n'ait été intentée
« par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du
« délit. »

Précisons bien, avant tout, le sens de cet article.

Le législateur commence par poser, en principe, que l'action dont il s'occupe ne passe pas entre les mains des héritiers activement ou passivement, qu'elle ne peut être exercée par eux ou contre eux.

Puis, il apporte un tempérament à cette règle, en ce qui concerne l'action des héritiers du donateur vis-à-vis du donataire. *Dans ce dernier cas*, l'action peut être mise par eux en mouvement, pourvu qu'ils se trouvent placés dans l'une des circonstances suivantes : il faut que l'action ait été déjà intentée par le donateur, ou qu'il soit décédé dans l'année où il a eu connaissance du délit.

Mais que doit-on décider lorsque la demande a été formée contre le donataire, et que celui-ci vient à mourir pendant l'instance? L'action pourra-t-elle être suivie contre ses héritiers?

L'article 957 est complètement muet sur ce point. La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative [2]. Ils se

[1] Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 137; Zachariæ, t. II, p. 333, et t. III, p. 645; Marcadé, art. 317, n° 1 ; Aubry et Rau, 3e édit., t. IV, p. 585, texte et note 6; t. III, p. 84, note 33.

[2] *Sic* Toullier, t. III, n° 337; Duranton, t. VIII, n° 562; Coin-Delisle, art. 957, n° 12; Bayle-Moucillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *c*; Taulier, t. IV, p. 102; Troplong, t. III, n° 1328; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 110; Massé et Vergé, t. III, p. 237; Saintespès-Lescot, t. III, n° 897; Bordeaux, 6 mars 1854, *Journal des arrêts de la Cour de Bordeaux*, t. XXIX, p. 132.

Digitized by Google

prévalent de l'ancien droit, de la maxime *Actiones semel*.... et, en outre, de diverses considérations que nous allons examiner.

Leur doctrine a rencontré pourtant de puissants contradicteurs, parmi lesquels MM. Demolombe et Marcadé[1]. Nous nous rangeons, pour notre part, à l'opinion de ces derniers auteurs.

Le texte de l'article 957 nous paraît être on ne peut plus formel. En effet, l'action en révocation pour cause d'ingratitude est, en principe, intransmissible pour ou contre les héritiers. Une seule exception a été édictée par le législateur; elle n'est relative qu'à l'action des héritiers du donateur vis-à-vis du donataire. Il en résulte donc nécessairement qu'à l'égard des héritiers du donataire, l'action est toujours soumise à la règle générale, c'est-à-dire qu'elle ne cesse pas d'être intransmissible.

Dira-t-on que la loi prohibe *la demande* de la révocation et non *la poursuite* d'une action déjà commencée?

C'est là une subtilité qui mérite à peine que l'on s'y arrête. Dans la langue du droit et dans la pratique, le mot *demande* s'applique à l'action, qu'elle soit intentée ou reprise, et c'est dans ce double sens que cette expression est employée dans l'article 957 lui-même.

On objecte que l'action introduite par le donateur doit pouvoir être suivie, parce qu'elle démontre d'une manière manifeste quelles étaient les intentions du donateur et qu'elle exclut toute idée de pardon de sa part.

Si cet argument était exact, ne faudrait-il pas aller jusqu'à dire que, si le donataire meurt immédiatement, après avoir attenté aux jours de son bienfaiteur, et que celui-ci intente aussitôt l'action en révocation de sa libéralité, les héritiers du donataire seront tenus de la subir? Il est hors de doute cependant que, dans ce cas, l'action serait non recevable.

On ne peut se réfugier avec plus de succès derrière cette considération, que le décès du donataire ne doit pas nuire

[1] Demolombe, *Donations et testaments*, t. III, n° 879; Marcadé, art. 957, n° 11; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 418; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, IV et V; Valette (voir Mourlon, *Rép. écrites*, t. II, p. 323).

Digitized by Google

au donateur, en lui faisant perdre le bénéfice de son action, car, si ce raisonnement était vrai, il aboutirait à cette conséquence que, dans l'hypothèse dont nous venons de parler, le donateur pourrait demander la révocation de la donation.

La disposition de l'article 957 est justifiée, du reste, par d'excellents motifs. L'action en révocation pour cause d'ingratitude a un caractère essentiellement pénal. C'est là une action *vindictam spirans*, qui a pour but principal la réparation d'une injure. Or, toute action de cette nature s'éteint par le décès du coupable; ainsi le veulent le droit et l'équité.

Invoquera-t-on enfin les traditions de l'ancien droit? Nous avons vu que Furgole et Ricard étaient en désaccord sur le point de savoir à partir de quel moment l'action devenait transmissible.

Quant à Pothier, son autorité échappe complètement à nos adversaires.

D'après ce jurisconsulte, notre action en révocation ne pouvait pas, en principe, être exercée par les héritiers du donateur contre le donataire ou ses héritiers [1]. Une seule exception était admise.

« En un cas, disait-il [2], les héritiers du donateur seraient « recevables à intenter cette action, savoir : lorsque le do- « nataire a tué le donateur, qui n'a pas eu le temps de pour- « suivre par lui-même la réparation de l'offense, ou lorsque « l'injure a été faite à la mémoire du donateur après sa « mort. »

Le texte de l'article 957 démontre que notre Code s'est écarté sensiblement de cette doctrine. Il a élargi, d'un côté, la règle, en permettant aux héritiers du donateur d'introduire l'action dans certains cas; d'un autre côté, il l'a restreinte, en défendant de poursuivre l'instance contre les héritiers du donataire.

44. Nous croyons avoir suffisamment établi que notre législateur n'a posé nulle part la règle de la transmissibilité des actions personnelles résultant de l'exploit d'ajournement. Ces actions restent, après l'introduction de l'instance,

[1] Voir Pothier, *Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 3, § 4.
[2] Introduction au titre XV de la Coutume d'Orléans, n° 118.

Digitized by Google

telles qu'elles étaient auparavant, sans subir aucune transformation dans leur nature.

Appliquons maintenant ce principe à quelques-unes d'entre elles. Nous nous bornerons à quelques exemples, car l'examen de toutes les actions personnelles que l'on trouve dans nos lois nous entraînerait trop loin et dépasserait le cadre modeste de cette étude.

45. Transportons-nous pour un instant dans le titre du mariage. Nous y découvrirons une première action essentiellement intransmissible, celle qui résulte des articles 172 et suivants du Code civil.

Nous n'avons pas besoin de rappeler dans quelles limites étroites le législateur a renfermé le droit de former opposition au mariage. Il a voulu prévenir des abus que pourrait faire naître l'usage de cette arme parfois dangereuse, quand elle se met au service de la cupidité déçue. Aussi a-t-il minutieusement déterminé les personnes auxquelles ce droit appartiendrait, et, pour quelques-unes, il en a même restreint l'exercice à certains cas spéciaux. Enfin, dans les articles 66 et 176 du Code civil, il a prescrit des formes, qui ont pour but de protéger les familles contre de pures vexations.

Eh bien ! ce droit, qui a été réglé par notre législateur avec tant de soin, qui n'appartient qu'aux parents qu'il indique ou au ministère public [1], ce droit, disons-nous, ne pourra pas être transmis aux héritiers du demandeur en opposition, si celui-ci meurt pendant l'instance. Décider le contraire, ce serait se mettre en contradiction par trop flagrante avec l'esprit de la loi. Aussi ce point paraît-il être généralement accepté [2].

46. Passons à un autre ordre d'idées, aux nullités du mariage.

L'article 182 du Code civil porte que : « le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans le cas où ce consen-

[1] Nous pensons que le ministère public a le droit de former opposition, dans les cas seulement où il pourrait demander la nullité du mariage. *Sic* Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 31 et 32, n° 27; Demolombe, *Mariage et séparation de corps*, t. I, n° 151.

[2] Demolombe, *loc. cit.*, n° 171.

Digitized by Google

« tement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux « dont le consentement était requis, ou par celui des deux « époux qui avait besoin de ce consentement ».

M. Demolombe [1] a parfaitement mis en relief les motifs qui ont dicté cette disposition. Ils se résument dans l'intérêt des époux, celui de la famille et celui de la société, qui exigent que les époux soient préservés de leurs propres entraînements et que la discipline domestique soit religieusement maintenue partout.

L'action en nullité, qui se base sur de pareilles considérations, ne peut être exercée évidemment, ni par les créanciers, ni par les héritiers de ceux auxquels la loi l'a accordée. Ces derniers ont-ils eux-mêmes le droit de continuer l'instance introduite par leur auteur? Tous les jurisconsultes adoptent sur ce point la négative, et parmi eux nous trouvons même les partisans de la maxime *Actiones semel* [2]. Pourtant, si ce brocard était encore en vigueur, ne faudrait-il pas l'appliquer ici? Cette concession que nos adversaires sont obligés de nous faire ne ruine-t-elle pas tout leur système?

47. Abordons maintenant une autre hypothèse, qui soulève dans la doctrine de vives controverses. Il s'agit du mariage entaché d'un vice de consentement ou d'erreur sur la personne. D'après l'article 180 du Code civil, le mariage ne pourra être attaqué, dans ce cas, que par les deux époux, ou par celui dont le consentement n'a pas été libre ou a été déterminé par une erreur. La loi a voulu les rendre seuls juges de l'opportunité d'une action d'une si grande portée, qui touche, au plus haut degré, à l'honneur et au repos des familles. Elle a craint de livrer ces questions irritantes à la turbulence et à l'avidité des collatéraux. Aussi les héritiers de l'un des conjoints sont-ils non recevables à exercer l'action en nullité, alors même que celui-ci serait décédé dans

[1] *Loc. cit.*, nos 2 et 34.

[2] Voir dans ce sens Duranton, t. II, n° 290; Vazeille, t. I, n° 267; Demolombe, *loc. cit.*, n° 279; Demante, t. I, n° 264 *bis*, IV; Aubry et Rau, t. IV, p. 69. D'après ces deux auteurs, les héritiers des ascendants ne pourraient pas suivre l'action introduite par leurs auteurs. Mais ce droit ne doit pas être refusé aux héritiers de l'époux qui serait mort, après avoir intenté l'action en nullité. Nous ne voyons, pour notre part, aucune raison qui justifie cette différence,

Digitized by Google

le délai utile pour former sa demande (art. 181 C. civ.) sans l'avoir intentée [1].

Mais peuvent-ils suivre l'instance introduite par leur auteur?

Ce droit leur est accordé par la plupart des jurisconsultes qui pensent que notre maxime est restée encore debout [2].

48. Bien qu'il soit parti d'un ordre d'idées tout à fait différent et qu'il estime que le brocard *actiones semel...* n'est plus en vigueur, M. Demolombe arrive néanmoins à la même solution. Voici quels sont les arguments sur lesquels il fonde son opinion :

En règle générale, les héritiers succèdent à tous les droits et actions du défunt (art. 724 C. civ.). L'article 180 apporte une exception à ce principe lorsqu'il s'agit d'*attaquer* le mariage, et non lorsque les héritiers ne demandent qu'à continuer une action déjà commencée. Dans ce cas, le défunt a manifestement déclaré sa volonté; il n'y a plus à douter de ses intentions.

Enfin, si les héritiers du demandeur en opposition, si ceux de l'époux, qui n'a pu obtenir le consentement nécessaire à son union, ne peuvent exercer les actions appartenant à leur auteur, c'est que ce dernier était investi d'une sorte de mandat, qui lui était essentiellement personnel.

L'action en nullité de mariage pour vice de consentement a un tout autre caractère; elle repose sur un droit, qui est propre à l'époux et qui, dès qu'il est exercé, fait partie de sa succession.

Ces arguments ne sont pas (nous en demandons pardon à l'éminent professeur) de nature à nous convaincre.

Tout d'abord, la doctrine de M. Demolombe nous paraît donner aux termes de l'article 180 un sens restrictif qu'ils ne comportent pas. L'héritier, qui suit une instance déjà introduite, n'attaque-t-il pas le mariage tout aussi bien que

[1] Voir Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 412 et 558; Demolombe *loc. cit.*, n° 258; Duranton, t. II, n° 270; Vazeille, t. I, n° 258; Zachariæ. Aubry et Rau, t. IV, p. 63; Massé et Vergé, t. I, p. 206; Demante, t, I, n° 262 *bis*, V; Valette, *Explication sommaire du livre Ier du Code Napoléon*, p. 107.

[2] Dans ce sens, Duranton, *loc. cit.*, n° 271; Vazeille, Aubry et Rau, Massé et Vergé, Demante, *loc. cit.*, Demolombe, *loc. cit.*, n° 259. *Contrà :* Marcadé, art. 180, n° VIII.

Digitized by Google

celui qui a pris l'initiative de l'action? Ne résulte-t-il pas, du reste, clairement du texte et de l'esprit de la loi, ainsi que M. Demolombe l'a si bien démontré au n° 258, que, sous l'inspiration d'une pensée éminemment morale, elle a voulu, à tout prix, réserver aux époux seuls l'exercice de l'action nullité dont il s'agit, qu'à eux seuls elle a accordé le droit de briser le contrat sacré qui les a unis?

Que l'on ne nous dise pas que l'époux a manifesté formellement sa volonté en intentant l'action. Si cette objection avait quelque portée, il faudrait l'accepter toutes les fois qu'on est en présence d'une action personnelle, et M. Demolombe lui-même s'empresse de répudier ailleurs une pareille conséquence.

Est-il bien certain, d'ailleurs, que l'époux eût persisté dans son projet, qu'il eût poussé son action jusqu'aux dernières extrémités? Il se serait peut-être désisté en obéissant à des considérations dont ses héritiers sont de très mauvais appréciateurs. Ne serait-il pas extrêmement imprudent de permettre à de simples collatéraux de faire revivre un procès, que la mort de l'un des époux avait éteint, de fouler ainsi aux pieds, sans respect pour sa mémoire, l'honneur et le repos de la famille?

Il est possible que, dans certains cas, il soit très dur de priver les héritiers d'un droit que le défunt n'avait pas eu le temps d'exercer, car il a pu mourir, par exemple, avant la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence. Qu'importe? Le législateur ne s'est occupé que des cas les plus fréquents; il a voulu, avant tout, tarir dans leur source des procès regrettables et téméraires. Il a eu ici, pour s'opposer à la transmissibilité des actions, des motifs au moins aussi graves que lorsqu'il s'agit des actions en nullité prévues par les articles 174 et 182 du Code civil. Comment supposer qu'après avoir rendu intransmissible une action, qui a tout simplement pour but de prévenir le mariage, il se soit départi tout à coup de cette règle salutaire, quand il s'agit de l'annuler pour erreur ou vice de consentement? S'il eût pris ce parti, ne pourrait-on pas l'accuser très justement d'imprévoyance?

49. La séparation de corps fait naître également une controverse qui se rattache, par un lien étroit, à notre maxime.

Digitized by Google

On s'est posé la question de savoir si l'action qui a pour but de la faire prononcer passe entre les mains des héritiers de l'un des époux décédé après avoir introduit l'instance.

Ce fait enlève évidemment à la demande son objet direct et principal tendant à la cessation de la vie commune. Il ne peut plus s'agir de séparer des époux que la mort a désunis et de relâcher un lien qui s'est brisé pour toujours! Mais cette demande soulève des questions pécuniaires, qui peuvent avoir un très grand intérêt pour les héritiers.

La jurisprudence admet aujourd'hui que la séparation de corps entraîne de plein droit la révocation des avantages consentis au profit de l'époux coupable.

D'un autre côté, l'instance, interrompue par le décès de l'un des conjoints, laisse à résoudre le point relatif à la répartition des dépens.

Que deviendront toutes ces difficultés?

D'après certains auteurs[1], les héritiers ont le droit de continuer l'instance, pour faire produire à la séparation toutes les conséquences matérielles qui en découlent.

Cette opinion a pour elle, disent-ils, les traditions de l'ancien droit. Elle consacre, en outre, un résultat qui est à la fois juridique et moral. Toutes les actions personnelles peuvent, en effet, être suivies par les héritiers, quand elles ont été intentées par leurs auteurs, d'après le brocard *actiones semel*... N'est-il pas, du reste, conforme à la justice que l'époux indigne reçoive le châtiment dû à son inconduite? Ce dernier doit-il être plus favorablement traité qu'un donataire étranger? Sa faute n'est-elle pas même plus grande et ne mérite-t-elle pas plus de sévérité?

Quant à nous, nous nous rallions, sans hésiter, à la négative[2].

[1] *Sic* Delvincourt, t. I, p. 82, note 2; Duranton, t. II, n° 580; Vazeille, t. II, n° 585; Zachariæ, t. III, p. 360; Bruxelles, 26 avril 1806 (P. 1806, 2, 430); Besançon, 21 juin 1869 (P., 1871, p. 133).

[2] Voir, dans ce sens, Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 429; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 160 et 161; Marcadé, art. 307, n° V, et *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1851, p. 463; Massol, p. 22, n° 4; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 254; Valette, *Explications sommaires*, p. 150 et 151; Paris, 6 juillet 1814 (P., 1815, 11, 272); Cass. 17 juin 1817 (S., 1818, 1, 4); Douai, 23 mai 1831 (D., 1831, 2, 161); Cass. 5 février 1851 (D., 1851, 81, et P., 1851, 97); Lyon, 4 avril 1851 (D., 1851, 2, 617, et P., 1852, 182); Paris,

Digitized by Google

Nous n'avons pas à revenir sur ce que nous avons dit au sujet des articles 330 et 957 du Code civil. Nous croyons avoir établi qu'ils ne consacrent nullement l'existence de la règle que l'on invoque. Constatons, de plus, quel abîme profond il y a entre la séparation de corps et les actions prévues par ces articles. On conçoit fort bien que les actions en contestation d'état, en désaveu, en révocation de donation pour cause d'ingratitude puissent, dans certaines circonstances, être exercées par les héritiers, sans que leur but principal soit trop dénaturé. Elles tendent à faire constater un fait, c'est-à-dire la filiation d'un individu ou la révocation de la libéralité par suite des actes reprochés au donataire. Mais la séparation a un tout autre caractère; elle a un but purement moral; elle tend, avant tout, à modifier la condition des époux; elle apporte des changements sérieux à la charte de la famille.

Que l'on ne nous parle pas des questions pécuniaires que la séparation met en jeu; elles ne sont qu'un accessoire dans ces instances, elles n'y occupent qu'un rang tout à fait secondaire, et ce n'est que par suite d'un contre-coup qu'elles surgissent dans les actions de cette nature. On ne saurait leur donner un rôle plus important sans s'exposer, comme le dit fort bien Marcadé, à « *confondre l'esprit et la matière, « et à ravaler les intérêts moraux au niveau des intérêts d'ar- « gent.* »

Le législateur a été sage et prévoyant en refusant aux héritiers l'exercice de cette action. A quels dangers ne nous exposerait pas, en effet, l'opinion contraire? On verrait des collatéraux, poussés par la cupidité, venir étaler au grand jour de l'audience des scandales qui auraient dû rester ensevelis dans l'oubli, des enfants se faire les accusateurs de leur

13 février 1852 (D., 1853, 11, 77 et P., 1853, 503); Caen, 24 février 1855 (D., 1856, 11, 193; P., 1857, 407); Rouen, 30 août 1863; Paris, 5 avril; Caen, 3 mai, et Metz, 30 août 1864 (P., 1864, 1064); Paris, 7 juillet 1870 (P., 1871, p. 133; Civ. cass. 27 juillet 1871 (P., 1871, 689); Dijon, 7 février 1872 (P., 1872, 86; Metz-Charleville, 6 mars 1872 (P., 1873, 101); Bordeaux, 27 janvier 1873 (P., 1873, 1094). Nous ferons remarquer que, parmi les auteurs qui se prononcent contre la transmissibilité de l'action en séparation de corps, se trouvent MM. Aubry et Rau, qui sont néanmoins partisans de la maxime *Actiones semel.*

Digitized by Google

mère, alors que la loi n'a pas permis seulement qu'ils fussent témoins dans ces débats domestiques. Voilà ce qu'a voulu éviter le législateur, et il n'y a qu'à l'en féliciter.

Est-ce à dire cependant que l'impunité sera tout à fait assurée à l'époux coupable. Non ! d'après la jurisprudence[1], les donations entre époux sont révocables pour cause d'ingratitude, et les héritiers de l'époux outragé seront armés de ce droit dans les limites fixées par l'article 957 du Code civil. Nous aurions désiré, pour notre part, qu'un droit aussi rigoureux fût absolument intransmissible. Mais quoi qu'il en soit de nos vœux, l'exercice de l'action découlant de l'article 957 présentera, il faut le reconnaître, beaucoup moins d'inconvénients que celui de l'action en séparation de corps. Au lieu d'être régie par des lois exceptionnelles, l'enquête suivra alors celles du droit commun. Les magistrats pourront plus d'une fois écarter la révocation, quand il sera établi devant eux que l'un des époux y a renoncé tacitement ou expressément. Enfin, cette ressource échappera aux conjoints, dans certains cas où la séparation de corps aurait été obtenue, par exemple dans l'hypothèse où l'un d'eux aura été condamné à une peine afflictive et infamante. Ce fait, qui aurait entraîné la séparation, ne pourra pas servir de base à une action en révocation.

50. Concluons donc en disant, avec la Cour de cassation[2], que l'instance en séparation de corps est nécessairement éteinte par le décès de l'un des époux. Mais les juges saisis de la contestation pourront-ils, au moins, statuer sur les dépens? Ce droit leur est reconnu par quelques auteurs[3]. Nous préférons néanmoins l'opinion contraire.

[1] C'est dans ce sens que la jurisprudence s'est fixée depuis l'arrêt solennel de la Cour de cassation du 23 mai 1845 (Dev., 45, 1, 221; P., 45, p. 626). Voir Lyon, 4 mars 1852 (P., 52, 2, 481); Civ. cass. 26 février 1856 (P., 56, 1, 193); Civ. rej. 10 mars 1856 (P., 56, 1, 199); Rouen, 4 mars 1856 (P., 56, 2, 583).

[2] Cass. 27 juillet 1871 (P., 1871, 689).

[3] Marcadé, Duranton, Zachariæ, Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.*; Mourlon, *Répét. écrites*, t. I, 7e édit., n° 850, p. 426; Pigeau, *Procédure*, t. I, p. 485, 5e édit.; Chauveau sur Carré, quest. 2985 *bis*; Paris, 23 décembre 1852 et 10 février 1853 (P., 1853, 1, 562 et 563). *Contrà :* Taulier, t. I, p. 369; Massol, Valette, *loc. cit.*; Boullanger (P., 1871, 689); Caen, 3 mai 1864 (P., 1864, 1064, et P., 1864, 2, 224); Paris, 7 juillet 1870 (P., 1871, 133); Dijon, 7 février 1872 (P. 1872, 86).

Digitized by Google

En effet, le décès de l'un des époux a complètement anéanti l'instance, au point de vue de son objet principal et de ses accessoires. Or, la répartition de ces dépens est un de ses accessoires. Il suit de là que cette question doit s'évanouir avec l'instance dont elle partage le sort.

« Pour décider cette question, il faudra voir, dit Marcadé, si « l'action était ou non bien fondée, et, par conséquent, faire « le même examen que s'il s'agissait de prononcer sur une « séparation. » Ces derniers mots ne sont-ils pas la meilleure réfutation que l'on puisse adresser à la doctrine que nous combattons? Pour une simple question de dépens, bien mince, en vérité, à côté de tous les intérêts si graves que remue une séparation, il serait donc permis aux héritiers d'exhumer de tristes débats, et de faire consacrer, par une décision judiciaire, la flétrissure de l'un des époux ! Un tel résultat nous paraît absolument inadmissible.

Mais que deviendront les dépens dans notre doctrine? Tout restera dans le même état qu'auparavant; chacune des parties pourvoira aux frais qu'elle a faits, et les gardera pour son compte; il s'établira ainsi une sorte de compensation forcée.

51. L'obligation alimentaire, dérivant des articles 203 et suivants du Code civil, nous offre aussi l'exemple d'une dette personnelle et intransmissible même à l'égard de celui qui y est tenu, ainsi que l'a fort bien démontré M. Demolombe[1]. Elle repose uniquement sur les devoirs de piété et d'assistance, que font naître certains liens de parenté ou d'alliance. Quand ces liens viennent à disparaître ou même à s'affaiblir (art. 206 du C. civ.), cette dette n'a plus de raison d'être. Elle doit disparaître d'autant mieux, par suite du décès du créancier ou du débiteur, qu'elle est nécessairement mutuelle (art. 207), et que cette réciprocité serait impossible, si elle passait aux héritiers de celui qui est astreint à cette obligation.

Tel était, du reste, le caractère qui était assigné à la dette alimentaire par le droit romain et par notre ancienne jurisprudence.

Dans son traité des successions[2], Lebrun examine la ques-

[1] *Mariage*, t. II, n° 40.

[2] Liv. I, chap. v, sect. VIII, n°s 32 et suivants.

Digitized by Google

tion de savoir si le légataire universel du fils doit des aliments au père.

Après avoir indiqué les arguments, dont l'affirmative peut se prévaloir, ce jurisconsulte ajoute :

« Quoique cette opinion soit fort équitable, elle n'est pas « régulière... Que si, du vivant de son fils, il (le père) pouvait « lui demander des aliments, c'était une action qu'il avait « contre lui personnellement, qui était fondée sur la piété « naturelle, et qui ne passe point contre un héritier étranger; « c'est la disposition précise de la loi 5, § 17 D., *De agnos-* « *cend. et alend. liber.*, qui ajoute cette exception, que nous « devons avoir dans notre droit, si ce n'est, dit la loi, « que le père fût dans une extrême pauvreté et qu'il n'y « eût personne qui fût, d'ailleurs, obligé de lui prêter ce » secours : *item rescriptum est hæredes filii, ad ea præstanda,* « *quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabit, invitos* « *cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater ductus* « *est...* »

Notre législation moderne n'admet pas même ce dernier tempérament, quelles que soient les considérations d'humanité qui l'aient motivé autrefois. Il faut donc retenir que l'obligation alimentaire existant entre époux, parents et alliés, est essentiellement personnelle et qu'elle ne cesse jamais de l'être. Peu importerait que le créancier eût intenté contre son débiteur une action, pour le contraindre au payement de ce que la loi lui impose. Ce fait ne peut dénaturer le caractère de l'action, et la rendre transmissible, si l'un d'eux décède pendant l'instance.

§ 3. — *De la perpétuation des actions par l'effet de l'instance.*

52. Abordons maintenant la seconde partie de notre maxime, et voyons quelle est, dans notre droit moderne, l'influence de l'ajournement sur la durée des actions. Le siège de la matière est dans les articles 2244 et 2247 du Code civil. D'après le premier de ces textes, la citation en justice forme l'interruption civile.

D'après le second, l'interruption est regardée comme non avenue si l'assignation est nulle par défaut de forme, si le

Digitized by Google

demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance ou si sa demande est rejetée.

Un premier système se présente tout d'abord à l'esprit. On pourrait prétendre qu'à partir de l'ajournement, le droit des plaideurs est soumis à une nouvelle prescription semblable à la première, un moment interrompue par cet acte. Cette prescription suivrait son cours, si l'instance restait impoursuivie; dans le cas, au contraire, où la procédure marcherait régulièrement, la force interruptive produite par l'exploit d'ajournement se retremperait, pour ainsi dire, dans chaque acte nouveau.

Cette doctrine s'appuierait sur les articles 189 du Code de commerce et 637 du Code d'instruction criminelle.

Nous savons, en effet, que les lettres de change et les billets à ordre souscrits par des négociants ou pour faits de commerce sont passibles d'une nouvelle prescription de cinq ans à partir du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique [1], s'il n'y a eu condamnation ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé.

De même, en matière criminelle, l'action publique et l'action civile se prescrivent par dix années à compter du dernier acte d'instruction ou de poursuite.

On pourrait être tenté d'étendre ces textes et d'en faire la base d'une théorie générale. Mais cette opinion se heurterait à l'article 397 du Code de procédure civile, qui déclare éteinte par la discontinuation des poursuites pendant trois ans *toute instance*, quel qu'en soit l'objet. Peu importe donc que l'action doive, en principe, être exercée dans un délai inférieur à trois ans; elle puise dans l'exploit d'ajournement une nouvelle force qui prolonge son existence.

Du reste, si le système dont nous parlons était admis, il faudrait l'appliquer à la citation en conciliation, qui emprunte à l'exploit sa vertu interruptive. Que deviendraient donc, après la tentative du préliminaire de conciliation, les actions, qui doivent s'intenter dans un délai de quelques jours, les actions rédhibitoires, par exemple? Seraient-elles atteintes par la déchéance, avant que l'ajournement ait été lancé?

Quant à l'argument tiré des textes indiqués plus haut, il

[1] Voir Civ. cass. 24 décembre 1860 (P., 1861, p. 532).

Digitized by Google

tombe devant un examen tant soit peu attentif. Ce sont là des dispositions exceptionnelles, qui ont été dictées par des motifs particuliers.

L'article 189 du Code de commerce est dû au besoin que le législateur éprouvait d'imprimer une plus grande célérité aux affaires commerciales. D'un autre côté, l'article 637 du Code d'instruction criminelle, est justifié par l'intérêt social, qui s'oppose à ce qu'une poursuite reste suspendue pendant un temps indéfini.

53. D'après un second système, l'introduction de l'instance substitue immédiatement à l'ancienne prescription une prescription nouvelle, celle de trente ans. Si l'instance reste impoursuivie pendant ce laps de temps, l'extinction du droit des plaideurs amène, par voie de conséquence, celle de l'instance elle-même. Cette thèse hardie a été défendue par le regretté M. Mourlon, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* [1].

Voici quels sont les principaux arguments sur lesquels s'appuie ce jurisconsulte :

La loi n'a indiqué nulle part quelle serait la durée de l'interruption résultant de l'exploit de l'ajournement. Elle a fait connaître toutefois sa pensée, en mettant dans l'article 2244 du Code civil la demande en justice sur la même ligne que le commandement, et cependant ce dernier acte est vu avec plus de faveur, car il dure trente ans, tandis que l'instance ne dure que trois ans.

L'exploit d'ajournement a été en outre assimilé par l'article 2274 à un arrêté de compte.

Or, le commandement et l'arrêté de compte sont soumis à la prescription trentenaire; cette prescription doit donc atteindre, à plus forte raison, le droit réclamé en justice.

On prétend que la demande en justice interrompt la prescription, tant que dure l'instance, parce qu'elle constitue une action incessante du créancier. C'est là une erreur. La demande en justice est un fait *fini*, qui est épuisé dès qu'il s'est produit; ce n'est pas là un fait continu. Du reste, agir et rester en repos sont deux choses contradictoires, et l'in-

[1] 1855, t. I, p. 252 et suiv.

Digitized by Google

stance ne peut comporter l'association de ces deux idées qui se repoussent mutuellement.

Enfin, cette solution a pour elle les traditions romaines, car il résulte d'une constitution d'Honorius et de Théodose que le droit réclamé en justice était prescrit après trente ans écoulés depuis le dernier acte juridique. Justinien porta ce délai à quarante ans.

54. Ce raisonnement ne nous touche pas, et nous croyons que la thèse, dont l'auteur des *Répétitions écrites* s'est fait le champion n'est qu'une grave hérésie à laquelle son habileté seule a pu donner quelque apparence de logique.

Il est vrai que la loi n'a pas pris soin de déterminer quelle serait la durée de la vertu interruptive attachée aux actes qu'elle énumère, tandis qu'au contraire, elle a fort nettement indiqué les événements qui doivent apporter un terme à la suspension de la prescription. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler les articles 2252, 2253, 2255 à 2258 du Code civil! C'est que l'interruption est séparée de la suspension par des différences profondes; non seulement elle efface la prescription dans le passé et en fait naître une nouvelle, mais encore elle constitue, dans certains cas, un fait persistant qui opère sur l'avenir. Cet effet se rencontre notamment dans l'interruption naturelle, qui a lieu, d'après l'article 2243 du Code civil, lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers. Il se fait sentir d'une manière plus énergique encore dans la demande en justice.

Cette conséquence n'est pas purement imaginaire; elle est puisée dans la nature des choses. « A quoi servirait, dit « Marcadé [1], à un créancier ou propriétaire de venir inter- « rompre par une assignation la prescription qui courait « depuis quelque temps au profit de son débiteur oudu pos- « sesseur de son bien, si celui-ci recommençait, dès l'in- « stant qui suit cette assignation, une prescription nouvelle « qui pourrait être accomplie avant que le procès fût jugé? »

On objecte que la demande en justice a été assimilée par la loi au commandement et à l'arrêté de compte; qu'il serait illogique d'accorder à l'exploit d'ajournement des préroga-

[1] *Prescription*, Observ. préliminaires sur le chapitre IV, n° IV.

Digitized by Google

tives plus étendues que celles dont jouit le commandement lui-même. — Oui, sans doute, ce dernier acte est mieux traité, au point de vue de sa durée, que la citation en justice. Mais il ne faut pas oublier non plus combien ces deux actes sont dissemblables. Un commandement n'est qu'une menace, un préliminaire d'exécution. S'il n'est pas suivi d'effet pendant trente ans, le débiteur a pu s'endormir dans une fausse confiance et croire que les hostilités s'arrêteraient là. On comprend fort bien qu'après ce laps de temps, la loi vienne à son secours et déclare que tout est effacé. La demande en justice a un tout autre caractère : elle a une plus grande gravité, elle est un véritable acte d'agression. Elle doit donc, dès qu'elle est formée, tenir le débiteur en éveil et le mettre en demeure de préparer tous ses moyens de défense. Tant qu'elle n'a pas été anéantie légalement, elle conserve sa vertu interruptive ; elle protège le droit réclamé en justice, lequel ne peut jamais être atteint directement par la prescription.

Quant à l'autorité du droit romain, elle est dépourvue de toute valeur. Les constitutions que l'on cite n'ont rien à faire ici. Nous n'avons dans notre droit français aucun texte pareil, et on ne peut le créer par voie d'interprétation.

Nous croyons avoir suffisamment démontré que les termes et l'esprit de la loi repoussent complètement le système de M. Mourlon, et que le droit des plaideurs est imprescriptible, tant que l'instance reste debout.

Il est incontestable toutefois que, dans le cas où elle vient à être atteinte par la péremption, la prescription, un moment interrompue, reprend son libre cours, et elle peut atteindre alors indirectement le droit lui-même.

55. Mais si la péremption n'est pas prononcée, l'instance conservera-t-elle, pendant une durée indéfinie, l'action intentée? N'est-elle pas, indépendamment de la péremption, soumise à la prescription trentenaire? Telle est la délicate question que nous avons à résoudre.

MM. Chauveau sur Carré [1] et Bourbeau [6], le savant continuateur de Boncenne, enseignent que la prescription tren-

[1] *Lois de la procédure*, quest. 1413.
[2] *Théorie de la procédure*, t. V, p. 617 et suiv.

Digitized by Google

tenaire est inapplicable aux instances et qu'elle ne sont passibles que de la péremption.

Voici quels sont les arguments qui plaident en faveur de cette thèse :

L'instance, peut-on dire, a son mode particulier de prescription, que le législateur a renfermé dans un délai très court. Des raisons fort sérieuses l'ont déterminé. Il a voulu activer le cours des procès en édictant une déchéance rigoureuse contre celui qui ne mettrait pas à profit le délai qui lui a été imparti. Le but ne serait-il pas complètement manqué, si le plaideur négligent avait à sa disposition deux armes, si, après avoir laissé échapper le moyen de la péremption, il lui était loisible de venir, trente ans après, demander l'extinction d'une instance, parce qu'elle serait restée impoursuivie pendant ce laps de temps? En le permettant, le législateur ne serait-il pas tombé dans la plus choquante contradiction?

On invoquerait à tort l'article 2262 du Code civil; il est complètement inapplicable ici. Sa disposition n'est relative qu'aux actions. Or, une instance n'est pas une action ; elle n'en est que *l'instrument et la forme,* pour employer les expressions du tribunal de Toulouse [1]. Le droit romain lui-même avait consacré cette différence entre l'instance et l'action dans les *judicia imperio continentia* et dans toutes les instances, sous l'empire de la procédure extraordinaire.

Il est inutile de rappeler que, dans les *judicia imperio continentia* l'instance n'absorbait pas l'action, et que le même effet s'attache désormais à toutes les instances, après l'abolition du *judiciorum ordo.*

De même, dans notre droit français, l'instance et l'action sont soigneusement séparées. Ainsi, la péremption et le désistement n'atteignent que la procédure (art. 401, 402 C. proc.). Quant à l'action, elle reste debout après comme avant, et elle est uniquement soumise aux chances d'extinction qui lui sont particulières.

On s'abrite vainement, dans le sens de l'opinion contraire, derrière des considérations d'équité, qui doivent s'opposer à ce que les instances durent indéfiniment.

[1] Voir jugement de Toulouse du 12 mai 1853 (P., 57, p. 900).

Digitized by Google

Est-il vrai que le débiteur soit impuissant à conjurer la perspective des instances éternelles qui le menacent lui et les siens? Mais non ! La loi, soucieuse de sa sécurité, lui accorde le droit de demander la péremption de l'instance, droit dont il n'est dépouillé que par l'expiration du laps de trente ans à partir de la discontinuation de la procédure pendant trois ans ou trois ans et six mois.

Que si ce droit est perdu, la loi ne le condamne pas à rester indéfiniment sous le coup et la menace d'un procès. N'a-t-il pas toujours la faculté de traduire devant la justice son adversaire, afin de le mettre en demeure de se désister ou de continuer l'instance? Ainsi disparaîtront ces sujets d'inquiétude et d'alarme, dont on fait tant de bruit.

La loi ne secourt pas, d'ailleurs, les négligents; *vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus.* Dans tous les cas, il ne s'agit pas de savoir quel eût été le meilleur système en législation. Il faut uniquement se demander ce qu'a voulu la loi; or, l'article 2247 nous l'apprend. Parmi les causes qui mettent fin à l'effet interruptif produit par l'instance, il ne mentionne nullement la prescription trentenaire de l'instance. Cette omission est significative; elle révèle toute la pensée du législateur.

Telle était, du reste, ajoute-t-on, l'opinion qui l'avait emporté sous l'ancien droit. La prescription trentenaire de l'instance était appliquée, il est vrai, dans les pays où l'instance s'éteignait par l'interruption annale. Mais on sait combien il était facile de se faire relever de cette déchéance au moyen de lettres de chancellerie[1]. Elle l'était encore dans les contrées où la péremption n'était pas connue, notamment dans les ressorts des Parlements de Grenoble, de Besançon, de Dijon.

Elle était repoussée dans les pays qui admettaient la péremption.

La prescription ne peut être invoquée que pour les actes qui ne sont pas sujets à la péremption. Ainsi un jugement définitif, le commandement tendant à la saisie exécution

[1] Cambrai, tit. 26, art. 7; Tournai, tit. 3, art. 1; La Salle de Lille, tit. 25, art. 19; Lille, tit. 10, art. 140; Ponthieu, tit. 13, art. 167; arrêt du Parlement de Flandre du 24 juillet 1702; Merlin, v° PÉREMPTION, sect. 1, § 1, n° 4.

Digitized by Google

ne sont passibles que de la prescription trentenaire. Il en est de même de l'instance en pourvoi devant la Cour de cassation, que le règlement de 1738 n'a soumise à aucune péremption. Dans le silence de la loi, la jurisprudence a décidé qu'elle s'éteignait par le laps de trente ans [1].

56. Ces raisons sont assurément fort graves. Elles ne sont pas cependant de nature à entraîner notre conviction. Nous pensons donc, avec la plupart des auteurs [2], qu'indépendamment de la péremption, l'instance est prescriptible par l'expiration du délai de trente ans, écoulé depuis le dernier acte de procédure.

La courte prescription, qui est propre à l'instance, ne l'affranchit nullement, à nos yeux, des règles de la prescription trentenaire. En effet, quel est le principe général en matière de prescription? C'est celui qui est posé dans l'article 2262 du Code civil. Cette disposition est aussi large que possible : elle embrasse toutes les réclamations, tous les droits qu'on peut vouloir exercer; rien n'échappe à cet article, qui forme le droit commun, si ce n'est en vertu d'une disposition spéciale. Il est d'autant plus difficile de soustraire l'instance à l'empire de ses règles que, dans notre législation, la prescription et la péremption ont chacune leur rôle et leur influence bien nettement délimités. Nous n'avons pas besoin d'indiquer quelles différences profondes les séparent l'une et l'autre. La péremption notamment n'a pas lieu de droit, elle est couverte par des actes émanés de l'une ou de l'autre des parties; la prescription, au contraire, ne peut être couverte que par des actes de la partie qui l'a acquise. Il est donc impossible de confondre ces deux modes d'extinction et de dire qu'ils constituent un double emploi.

Nous allons même plus loin, et nous soutenons que le

[1] *Sic* Cass. 16 janvier 1837 (D., 37, 1, 61).

[2] Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. 3, § 8; Marcadé sous l'art. 2262, n° 3 (ce dernier auteur avait émis une opinion contraire au livre III, tit. XX, ch. IV, Observ. préliminaires, n° 4, et sous l'art. 2240, n° 2); Zachariæ, Aubry et Rau, 3e édit., t. II, p. 313, texte et note 13; Leroux de Bretagne (sous l'art. 2262). En ce sens, cass., 23 nov. 1831 (P., 1831, II, p. 348), 21 nov. 1837 (P., II, p. 550), — 2 août 1841 (P., 1841, II, p. 245) et 6 mai 1856 (P., 57, p. 899).

Digitized by Google

législateur eût été imprévoyant, s'il avait repoussé la prescription trentenaire de l'instance. Tout le monde sait que la péremption repose sur une idée de désistement tacite. Or, cette idée n'a-t-elle pas une plus grande force, quand au lieu de demeurer trois ans dans l'inaction, le plaideur a laissé pendant un laps de temps beaucoup plus long, pendant trente ans, l'instance impoursuivie?

On objecte que l'article 2262 est applicable aux actions, non aux instances, et que l'instance ne doit pas être confondue avec l'action, que c'est tout simplement la forme matérielle qu'elle revêt pour arriver à faire sanctionner ce droit en justice. — La réponse est aisée. Si cet argument était rigoureusement exact, il faudrait, pour être logique, en conclure que le commandement, que l'instance en pourvoi devant la Cour de cassation échappent aussi à la prescription trentenaire, car ce ne sont pas là non plus des actions. Et cependant, on n'hésite pas à leur appliquer l'article 2262. Bien plus, la disposition de cet article est-elle telle, qu'elle ne puisse embrasser les instances? Nous ne le pensons pas, et il nous sera facile de démontrer, le texte à la main, que nous nous trouvons dans les termes de l'article 2262. En effet, quand une instance est impoursuivie pendant trente ans, qu'est-ce qui est prescrit? N'est-ce, pas comme l'a fort bien déclaré la Cour suprême, l'action touchant à la reprise de l'instance qui aura péri par l'effet de ce long silence? Ni le demandeur ni le défendeur ou leurs héritiers ne pourront désormais renouer le fil de la procédure, qui sera restée interrompue, et ils n'auront plus qu'une ressource, celle d'intenter une nouvelle instance, si la prescription n'a pas encore éteint l'action. Nous voilà donc, puisqu'on l'exige, dans les limites tracées par l'article 2262. Laissons donc de côté cet argument, qui ne repose que sur une querelle de mots, et arrivons à un autre ordre d'idées.

Les considérations d'intérêt général se joignent aux règles du droit civil pour défendre la solution que nous adoptons. La perpétuité des instances serait, dans notre législation, un véritable fléau? Supposons une instance qui aura été engagée, il y a plusieurs siècles. Un exploit d'ajournement aura été lancé; puis, après ce commencement d'hostilités, le plaideur, se ravisant, se rendant peut-être parfaitement compte

Digitized by Google

des bonnes raisons de son adversaire, le plaideur en sera resté là. Est-il possible qu'après un temps immémorial, l'un des héritiers vienne, en établissant que sa généalogie remonte jusqu'à cette époque reculée, ressusciter ce procès auquel nul ne songeait, que ce droit douteux ait été, par l'effet merveilleux de l'ajournement, mis pour toujours à l'abri de la prescription? Où le défendeur ira-t-il chercher le moyen de repousser cette action? Peut-être n'a-t-il à sa disposition que la preuve orale? Tous les témoins qui pouvaient déposer en sa faveur, sont décédés depuis longtemps, ou bien les documents dans lesquels il devait puiser ses moyens de défense, les quittances qui lui étaient nécessaires, tout cela est perdu, égaré. Et l'on viendrait, dans ces conditions, lui imposer une lutte, un débat qu'il ne pourrait pas soutenir! De quel côté, en vérité, sont l'équité, l'intérêt de la sécurité et du repos des familles? Poser la question, n'est-ce pas la résoudre?

Nous ne pouvons pas supposer, sans en avoir des preuves convaincantes, que notre législateur ait consacré une situation aussi exorbitante que celle que l'on voudrait faire résulter de la maxime *Actiones semel*. Cette situation, nous ne l'admettrions qu'en présence d'un texte précis et de la manifestation non équivoque de l'intention du législateur.

Invoquera-t-on l'article 2247? — Mais il nous répugne de penser qu'une innovation aussi importante se soit glissée furtivement dans nos Codes.

La perpétuité des instances serait contraire à nos vieilles traditions.

Sous l'empire de notre ancien droit, les instances se prescrivaient par trente ans, non seulement dans les pays où elles s'éteignaient par l'interruption annale[1], mais encore dans le ressort des Parlements qui admettaient la péremption.

Telle était la règle suivie au Parlement d'Aix.

[1] Cambrai, tit. XXVI, art. 7, Tournai, tit. III, art. 1; La Salle de Lille, tit. XXV, art. 195; Lille, tit. X, art. 140; Ponthieu, tit. XIII, art. 167; arrêt du Parlement de Flandre du 24 juillet 1702; Merlin, v° PÉREMPTION, sect. 1, § 1, n° 4.

Digitized by Google

Écoutons sur ce point Julien, l'un des auteurs les plus estimés de notre droit provençal. Il nous apprend, tout d'abord, que les actes qui n'étaient pas susceptibles de péremption étaient prescriptibles par trente ans. Voici comment il s'exprime, au sujet de l'instance de bénéfice d'inventaire.

« Il arrive rarement, dit-il dans ses statuts[1], qu'il y ait pé-
« remption dans une instance de bénéfice d'inventaire. L'hé-
« ritier, dès l'introduction de l'instance, faisant rendre un
« jugement, qui le reçoit par inventaire et ordonne que les
« créanciers donneront la demande et le jugement, dont
« l'existence dure trente ans empêche la péremption.

De Montvallon n'est pas moins formel sur ce point[2].

Julien s'occupe ailleurs[3] des procès introduits et distribués à un rapporteur de la Cour souveraine.

D'après une ordonnance de 1585[4], la péremption était inapplicable devant les Cours supérieures et les présidiaux jugeant en dernier ressort, dès que l'affaire avait été mise en état par les parties, c'est-à-dire lorsqu'elles avaient écrit, produit et fait nommer un rapporteur. Il eût été irrespectueux, disait-on, de sommer un magistrat de Cour souveraine d'avoir à déposer son rapport. Telle était la raison de convenance exagérée qui avait motivé cette ordonnance.

Julien examine si les procès, qui étaient dans ces conditions, étaient tout au moins prescrits, dans le cas où ils étaient restés sans poursuites pendant trente ans.

« La question s'éleva, dit-il entre le syndic du diocèse de
« Riez, d'une part, et Louis Baratte, écuyer d'Aix, et les
« consuls et communauté d'Aix appelés en garantie. Boni-
« face (t. I, liv. 9, ch. 18) rapporte les raisons pour et
« contre.

« La cause se termina par transaction.

« Il paraît que le procès doit être prescrit. »

Boniface est plus affirmatif encore. Voici comment il s'exprime :

« Et si un procès, qui est en état de juger devers un sieur
« commissaire n'était pas prescrit et anéanti par un aban-

[1] T. II, p. 601, n° II.
[2] *Successions*, t. II, p. 310 et 311.
[3] *Loc. cit.*, *Des prescriptions*, sect. IX, n° 21.
[4] Melenet, quest. 59, 4e ligne.

Digitized by Google

« donnement et une négligence de trente ans entiers, il ne « le pourrait jamais être par aucun laps de temps, fût-il de « soixante ou de quatre-vingts années ; et ainsi il s'ensuivrait « que jusqu'à cent ans un procès abandonné pourrait toujours « être jugé. »

Mais ce n'étaient pas seulement les instances non sujettes à la péremption qui tombaient sous le coup de la prescription trentenaire.

La même règle était applicable, d'après le témoignage de Julien [1], aux instances dans lesquelles la péremption avait été interrompue par la mort de l'une des parties, celle de leur procureur ou leur démission.

Il cite, à l'appui de son opinion, Brodeau sur Louet [2] et deux arrêts, l'un d'Aix du 22 avril 1761 (aff. Bernard, seigneur de Rognes), et l'autre de la Cour des aides de Provence du 6 février 1737.

Enfin, dans son commentaire de l'ordonnance d'avril 1667 [3], Jousse enseigne que « *après trente ans tout est prescrit, même dans les Cours souveraines.* »

En résumé, que l'on envisage, soit les règles de notre législation moderne, soit les anciennes traditions de notre droit, tout s'unit pour démontrer que, en outre et à défaut de la péremption, l'instance est soumise à la prescription de trente ans. C'est pendant ce délai seulement que l'exploit d'ajournement et la citation en conciliation, qui en est le préliminaire obligé, ont la vertu de conserver l'action [4].

[1] *Loct. cit.*, n° XX.

[2] Lettre P, t. II, p, 302.

[3] T. II, p. 442, art. 5, tit. XXVII.

[4] Sous l'empire de la loi du 24 août 1790, l'interruption opérée par la citation en conciliation ne pouvait donner à l'action une plus longue durée que celle qui lui appartenait par sa nature, car cette loi ne fixait pas le délai dans lequel elle devait être suivie de l'exploit d'ajournement. On en concluait que l'effet interruptif n'était attaché à cet acte qu'autant que l'ajournement était formé avant l'expiration du temps nécessaire pour éteindre l'action. Mais l'article 57 du Code de procédure civile ayant, à la différence de la loi de 1790, imparti un délai, celui d'un mois pour lancer l'ajournement, il suit de là que ce délai s'applique à toutes les actions, quelle que soit leur durée et quand même elles devraient être exercées dans un délai de quelques jours, comme les actions rédhibitoires. (Merlin, *Questions de droit*, Bureau de paix, § VI.)

Digitized by Google

Quant à l'action elle-même, elle ne pourra jamais être éteinte que d'une manière indirecte et par l'effet de la prescription, qui tombera sur l'instance elle-même. Ce résultat ne se produira pas toujours. Si l'action est imprescriptible ou s'il y a des causes tirées de sa nature (voir art. 2255 et suiv. C. civ.) qui fassent obstacle au cours de la prescription, il est évident que l'action survivra à l'instance [1].

CONCLUSION.

57. Nous avons exposé au point de vue de la législation d'autrefois et de celle d'aujourd'hui, la maxime qui fait l'objet de notre étude; il est temps de formuler la conclusion qui se dégage de nos recherches. La maxime *Omnes actiones...* dont on a fait un si grand abus, n'a plus chez nous la portée qu'elle avait jadis. Elle n'a plus la vertu de rendre transmissibles les actions personnelles. Elle est aussi dépouillée du privilège qu'elle avait de perpétuer indéfiniment l'instance. Elle produit le seul effet de la conserver, tant que la péremption de trois ans ou la prescription trentenaire ne l'ont pas fait tomber. Nous sommes loin, on le voit, de la règle telle qu'elle était comprise et appliquée dans le système formulaire des Romains, qui fut son berceau. Nous avons là un exemple frappant de la profonde transformation qu'ont subies chez nous les vieilles règles léguées par le passé à notre jurisprudence et une nouvelle preuve de la défiance avec laquelle le jurisconsulte doit les accueillir, s'il ne veut pas s'exposer à de véritables mécomptes.

ERNEST VALABRÈGUE.

[1] Nous pensons, toutefois, que les causes de suspension qui sont fondées uniquement sur la qualité personnelle du propriétaire ou du créancier, sa minorité, son interdiction ou son mariage (art. 2251 et suiv.), sont applicables à la prescription de l'instance comme à celle des actions.

Digitized by Google

NOTE SUR LES ARTICLES 1733 ET 1734 DU CODE CIVIL,

Par M. Marc Sauzet, avocat, docteur en droit.

Le *Journal officiel* du vendredi 13 juin 1879 annonce qu'à la séance du jeudi 12 juin, «M. Seignobos, au nom de la dou-« zième commission d'initiative parlementaire, a déposé sur « le bureau de la Chambre un rapport sommaire sur la pro-« position de loi de M. Viette tendant à supprimer, par « abrogation des articles 1733 et 1734 du Code civil, les « risques locatifs résultant de l'incendie ». Le rapport con-« clut à l'adoption de la proposition.

Le pouvoir législatif est donc saisi. Ce projet a inspiré les réflexions suivantes, qui, à défaut d'autre mérite, auront au moins celui de l'actualité.

1. Les articles 1733 et 1734 du Code civil précisent la responsabilité des locataires, au cas d'incendie de la maison louée.

Le premier de ces deux textes décide que le locataire est *en principe* responsable de l'incendie, sauf certaines preuves à lui ouvertes pour s'exonérer de cette responsabilité.

Le second indique l'étendue de cette responsabilité.

Ce sont là deux points distincts qu'il importe d'examiner séparément. Pour l'étude du premier, on peut raisonner sur l'hypothèse où la maison est occupée par un seul locataire; pour l'étude du second, on doit supposer qu'il y a deux locataires au moins.

I

Art. 1733. — « Le preneur répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve.... » (Suit une énumération des faits dont la preuve *à faire par le preneur* l'affranchit de cette responsabilité.)

2. *Quelle est la portée de ce principe? Quelle serait celle de la suppression du texte qui le consacre?* — Ce serait une erreur de croire que l'article 1733 déroge aux principes du droit commun en matière de responsabilité, en imposant au locataire, pour le cas d'incendie, la preuve des faits qui doivent l'affranchir de toute responsabilité. L'article 1733 proclame simplement une conséquence :

Digitized by Google

1° Des articles 1730 et 1731, qui imposent au locataire l'obligation de rendre, à la fin du bail, les lieux loués en l'état où il les a reçus;

2° De l'article 1732 qui le déclare responsable « des dégradations ou pertes survenues pendant la jouissance, *à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute* ».

Et il importe de remarquer que ce dernier texte lui-même n'est que la consécration, en matière de louage, des principes posés, au titre *des Obligations en général*, par les articles 1147 et 1148 d'une part, 1302 et 1315 d'autre part. A des points de vue différents, il est vrai, mais d'une manière incontestable, que font ces quatre textes, sinon dégager la règle générale suivante : Un débiteur n'est libéré de son obligation, — un débiteur n'échappe au payement de dommages et intérêts, c'est-à-dire à toute responsabilité, *qu'en prouvant* qu'il n'est pas en faute, qu'il y a eu force majeure, cas fortuit indépendant de son fait ou de sa négligence?

Ainsi l'article 1733, au cas d'incendie de la maison louée, en imposant au locataire la preuve qu'il n'est pas en faute, ne fait qu'une exacte application des principes généraux, et la suppression toute seule de ce texte ne saurait avoir pour effet d'imposer la preuve au propriétaire, au bailleur.

3. *Serait-il opportun de déroger ici au droit commun, de déplacer, par une disposition expresse, le fardeau de cette preuve, d'en exonérer le locataire pour en charger le bailleur?* — Constatons tout d'abord qu'il ne doit pas être question ici, entre le bailleur et le preneur, d'appliquer l'article 1382. Ce texte et le principe général d'incontestable équité qu'il consacre ont pour but et pour effet de sanctionner, non pas toute espèce de faute dommageable, mais seulement la faute du défendeur à l'action en dommages et intérêts *qui n'est pas engagé dans les biens d'un contrat antérieur vis-à-vis du demandeur.*

Le demandeur en indemnité, qui n'est pas créancier contractuel ou quasi contractuel du défendeur, fonde son droit sur la faute même qu'il impute à son adversaire, et c'est à lui dès lors à prouver cette faute, cause unique de sa créance en dommages et intérêts. Mais la situation est bien différente quand le défendeur à l'action en indemnité est déjà débiteur du demandeur, — débiteur en vertu d'une cause antérieure

Digitized by Google

à la faute, d'une cause distincte de la faute; en vertu d'un contrat, par exemple, du contrat du louage dans notre hypothèse; le demandeur fonde alors son action en indemnité sur le contrat *qu'il doit prouver*, sur les obligations découlant de ce contrat à la charge de son adversaire, *obligations qu'il doit prouver*. Que si le défendeur invoque à sa décharge un cas fortuit, la perte de la chose, l'incendie survenu sans sa faute, c'est à lui à prouver ces faits qui le libèrent, à prouver l'absence de faute (art. 1315, 2e alinéa).

Il est facile de se rendre un compte exact, en fait, de cette distinction fondamentale; notre matière elle-même nous en fournit un exemple concluant. Le locataire, disons-nous, vis-à-vis du propriétaire *est tenu de prouver* l'absence de faute qu'il allègue, parce qu'il est enfermé vis-à-vis de lui dans les liens du contrat qui l'oblige à une certaine vigilance; — au contraire, vis-à-vis de colocataires ou vis-à-vis de voisins il n'en est plus ainsi; plus de liens contractuels alors; sans doute, vis-à-vis d'eux il peut être passible de dommages et intérêts s'il a commis une faute dommageable, mais c'est alors aux colocataires, aux voisins, à prouver la faute. En un mot, entre voisins ou colocataires, libres entre eux de tous liens contractuels, intervention du principe de l'article 1382; mais entre locataires et propriétaires, débiteurs et créanciers, intervention de l'article 1315-2°.

C'est par application de ces principes certains, indéniables, que nous voyons une jurisprudence à peu près unanime, et tous les auteurs [1], moins un [2], décider que l'usufruitier [3], l'antichrésiste [4], le colon partiaire [5], le propriétaire d'une usine qui reçoit des matières pour les travailler [6], sont, comme le locataire, responsables de l'incendie, sauf la preuve

[1] Voy. Larombière, *Obligations*, t. I, p. 530 et les autorités qu'il cite.

[2] Proudhon (*Usufruit*, t. III, n° 1540) est conduit à cette doctrine isolée par le point de départ évidemment inexact de sa discussion : il considère l'incendie comme constituant en lui-même un cas fortuit, un événement de force majeure.

[3] Toulouse, 15 mars 1887 (Sirey, 1837, 2, 357).

[4] Riom, 10 mars 1836 (Dalloz, 1836, 2, 166).

[5] Nîmes, 14 août 1850 (Sirey, 1850, 2, 477). *Contrà :* Limoges, 6 juillet 1840), Sirey, 1841, 2, 167).

[6] Cass. 14 juin 1827 Sirey, 1827, 2, 493); Lyon, 14 mai 1849 (Sirey, 1850, 2, 523).

Digitized by Google

à fournir par eux qu'aucune faute ne leur est imputable ; et cependant pour ces débiteurs aucun texte spécial, exprès, comme l'article 1733.

Concluons qu'au point de vue juridique, la solution de l'article 1733 échappe à toute critique et qu'il serait peu logique de la modifier, en tant du moins qu'elle n'est que l'application des principes généraux.

4. *Au point de vue pratique cette modification est-elle souhaitable?* — Nous ne le pensons pas: la surveillance, les soins qu'on exige du locataire et la responsabilité qu'on lui impose, comme à tout débiteur, nous paraissent faciles à justifier.

Jaubert, parlant au nom du Tribunat devant le Corps législatif, dans la séance du 16 ventôse au XII (7 mars 1804), disait de cette disposition de l'article 1733, — disposition qui n'avait rencontré aucune opposition —, que c'était *une règle sage, conservatrice de la propriété à laquelle le bailleur n'avait aucun moyen de veiller;* il y voyait *le gage le plus assuré de l'exactitude du preneur, du soin qu'il doit apporter à l'usage de son droit, de la surveillance qu'il doit exercer sur sa famille et sur ses serviteurs* [1].

Est-il exagéré, par compensation des charges qui pèsent sur le propriétaire — délivrance de la chose louée en bon état de reparations de toute espèce, garantie de tous les vices ou défauts qui empêcheraient l'usage complet, alors même (art. 1721) que le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail —, de soumettre le locataire à une responsabilité qui assure la conservation même de la chose? Est-il exagéré de ne pas imposer au propriétaire la preuve de faits qui se passent en son absence et que certainement on s'efforce de lui cacher? Est-il exagéré, alors que le locataire habite seul la maison louée, en est, au point de vue de la jouissance, le véritable maître et le seul gardien; alors que personne n'a le droit ni la puissance de le forcer à une surveillance plus ou moins exacte, — est-il exagéré de donner au propriétaire une garantie à l'abri de laquelle il puisse louer sans risquer la perte de son immeuble?

A ce point de vue spécial, nous voyons donc que l'applica-

[1] Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIV, p. 351.

Digitized by Google

tion à notre matière des principes généraux est aussi équitable et utile que logique.

5. Nous ferions cependant une exception pour un cas tout particulier : celui où le propriétaire habite la maison louée avec le locataire. Il nous paraîtrait juste alors de traiter le propriétaire comme un colocataire ou un voisin. Dans ce cas les raisons d'utilité pratique par lesquelles nous venons de justifier la loi en supposant le propriétaire éloigné ne se rencontrent plus : le propriétaire est là, qu'il veille sur sa chose. *Dans cette hypothèse exceptionnelle, nous admettrions donc volontiers que le propriétaire dût prouver la faute du locataire pour le rendre responsable de l'incendie.*

Et nous pouvons observer, à l'appui de cette innovation, qu'elle ne serait que la généralisation de la jurisprudence actuelle, qui décide — par application de l'article 1734 — que le bailleur, habitant la maison louée, ne peut invoquer l'article 1733 contre le locataire *qu'à la condition de prouver tout d'abord* que l'incendie n'a pas commencé dans la partie de la maison occupée par lui bailleur[1].

Là n'est pas, au reste, la seule ni la principale modification que réclame notre article 1733.

6. *Ce texte n'est-il véritablement que la consécration des principes généraux que nous venons de rappeler? n'a-t-il pas une portée plus étendue?* — Nous y voyons énumérés certains faits à prouver par le locataire pour échapper à la responsabilité :

1° Le cas fortuit ou la force majeure ;

2° Un vice de construction ;

3° La communication du feu par une maison voisine.

Cette énumération est-elle limitative? Plusieurs auteurs l'ont soutenu[2] : d'après eux, il ne suffirait pas au locataire, pour échapper à la responsabilité, de prouver d'une façon générale que l'incendie ne provient pas d'une faute à lui imputable ; il devrait démontrer *directement*, *positivement*, que l'incendie a été occasionné par l'un de ces trois faits

[1] Riom, 4 août 1829 (Sirey, 1830, 2, 59); Toulouse, 9 juillet 1843 (Sirey, 1844, 2, 175).

[2] Toullier, XI, n° 161 ; Zachariæ, III, p. 14 ; Marcadé, sur l'article 1733 ; *Revue pratique*, 1860, X, p. 136 et suiv.

Digitized by Google

qu'énumère notre texte..... Si l'article 1733 n'a pas cette portée, il est, dit-on, inutile, car il n'est plus que l'application pure et simple des principes généraux.

Entendu dans ce sens, le texte renferme une dérogation notable au droit commun, une aggravation exceptionnelle et peu justifiable de responsabilité pour le locataire.

Il est bien vrai que la jurisprudence presque unanime[1] et des auteurs considérables[2] n'interprètent point ainsi l'énumération de notre texte; cependant, comme un arrêt[3] au moins, à notre connaissance, s'est rallié à la première théorie, *il serait utile, par une disposition formelle, de tarir cette source de procès.*

C'est la précaution qu'a prise le législateur italien dans la rédaction de l'article 1589 de son Code civil, correspondant à notre article 1733 et évidemment calqué sur lui ; il a inséré une formule générale qui écarte tout doute; ce texte est ainsi conçu :

« Le preneur est responsable de l'incendie s'il ne prouve « pas qu'il est arrivé

« Par cas fortuit ou force majeure,

« Ou par défaut de construction,

« *Ou malgré la diligence qu'un père de famille soigneux a « coutume d'exercer,*

« Ou que le feu s'est communiqué d'une maison ou d'un « fonds voisin[4]. »

Telles sont les deux seules modifications à l'article 1733 que nous paraissent réclamer l'utilité pratique, l'équité et les principes généraux de notre droit, *en présence de la situation normale,* la seule prévue par notre texte, celle où les parties en cause sont le propriétaire de la maison louée et le locataire.

7. Mais, depuis la rédaction du Code, *une autre situation*

[1] Turin, 8 août 1809 (Sirey, 1811, 2, 114); Rouen, 16 janvier 1845 (Sirey, 1845, 2, 473); Cass. 14 novembre 1853 (Sirey, 1854, 1, 476); Metz, 12 décembre 1854 (Sirey, 1855, 2, 121); Bordeaux, 18 mai 1865 (Sirey, 1865, 2, 191); Chambéry, 10 aeril 1867 (Sirey, 1867, 2, 212).

[2] Proudhon, *Uusufruit,* IV, 1552; Duvergier, I, 435; Larombière, *Obligations,* I, 535.

[3] Paris, 10 mai 1834 (Sirey, 1834, 2, 322).

[4] Huc, traduction du Code civil italien, II, 334.

Digitized by Google

est à prévoir : c'est peut-être la plus fréquente et certainement la plus intéressante.

L'assurance contre l'incendie est tellement entrée dans les habitudes des propriétaires d'immeubles, depuis plus d'un demi-siècle, que généralement ce n'est plus le propriétaire qui agit en dommages et intérêts contre le locataire ; c'est un assureur, une compagnie d'assurances qui, après l'incendie et le payement de l'indemnité d'assurance au propriétaire assuré, se retourne contre le locataire pour rentrer dans ses déboursés. L'assureur agit contre le locataire par l'action même du propriétaire, à laquelle les clauses de style des polices d'assurance lui ont permis de se faire subroger.

La situation change alors : le locataire n'est plus en présence de son cocontractant, du propriétaire, d'un homme ; toutes les chances de pitié à son égard disparaissent ; il a en face de lui une compagnie de finance, une société qui spécule, dont le gérant n'a qu'un but et qu'un devoir, faire recouvrer l'indemnité déboursée.

8. Cette aggravation de la situation du preneur a donné naissance à un système [1], d'après lequel le recours accordé par l'article 1733 au propriétaire contre le locataire serait un droit exclusivement personnel, incessible, qu'un assureur ne saurait exercer comme subrogé. Fort logiquement on déduit de ce principe les deux conséquences suivantes qui n'en sont que la sanction :

1° L'assureur ne peut obliger le propriétaire assuré à exercer lui-même son action contre son locataire et refuser de lui payer l'indemnité jusque-là ; s'il y avait eu entre l'assureur et l'assuré une convention dans ce sens, elle ne serait pas valable.

2° Le propriétaire assuré ne peut pas agir même volontairement contre son locataire le premier ; il doit d'abord poursuivre l'assureur.

On voit que, dans cette opinion, l'assureur du propriétaire n'a contre le locataire que le recours de l'article 1382 ; il doit prouver la faute du locataire, puisque c'est le propriétaire seul qui est dispensé de cette preuve.

[1] Alauzet, *Traité des assurances terrestres*, n° 257 ; Paris, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 205).

Digitized by Google

Ce système, inspiré par les plus fortes et les plus louables considérations d'humanité, mériterait d'être consacré législativement. Dans l'état actuel de la loi il est difficile de l'admettre, car il déclare non valable une subrogation qu'aucun texte et aucun principe ne prohibent. Aussi la Cour de cassation[1] a-t-elle toujours décidé, croyons-nous, que la compagnie d'assurances, subrogée aux droits du propriétaire, pouvait, en vertu de l'article 1733, imposer au locataire la preuve que l'incendie ne lui est pas imputable.

En présence de cette jurisprudence la situation du locataire est digne d'intérêt.

9. En fait, un locataire prudent échappera à ce recours de l'assureur du propriétaire en s'assurant pour risques locatifs *à la même compagnie* que celle qui assure le propriétaire.

L'assureur se trouverait alors repoussé par son contrat avec le locataire, de l'action qu'il voudrait exercer contre lui comme subrogé aux droits du propriétaire. — L'inconvénient d'un tel remède est d'obliger deux personnes, le propriétaire et le locataire, à payer double prime pour les mêmes risques.

10. Pratiquement, sans doute le propriétaire et le locataire peuvent, s'ils s'entendent, se soustraire au fardeau de cette double prime : le propriétaire n'assure pas, le locataire seul assure les risques locatifs. Remède imparfait encore, car si le locataire devient insolvable, l'indemnité à lui due par l'assureur sera le gage de tous ses créanciers, elle n'appartiendra pas exclusivement au propriétaire. (Telle est du moins l'opinion qui prévaut en jurisprudence[2]).

11. Et alors une mesure législative qui peut sembler fort utile est celle qui consisterait à donner expressément un droit exclusif, un privilège au propriétaire, sur l'indemnité due par la compagnie d'assurances au locataire pour risques

[1] Cass. 24 novembre 1840 et 11 février 1834; Dalloz, A. *Assurances terrestres*, nos 257 et 249.

[2] Cass. 20 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 68; Cass. 31 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 423); Douai, 2 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 145). — *Contrà :* Paris, 13 mars 1837 (Sirey, 1837, 2, 370).

Dans les coutumes anglaises il paraît que l'une des obligations du locataire est d'assurer la maison et ses dépendances contre l'incendie, *aux noms conjoints* du propriétaire et du preneur pour la somme convenue (Westaby, *Législation anglaise*, p. 133).

Digitized by Google

locatifs. Ce parti se présente avec l'avantage de rendre plus rare cette situation fâcheuse de deux personnes payant double prime pour un même risque ; il ne la rend cependant pas inutile ; le propriétaire aura encore, même s'il a un privilège, intérêt à s'assurer lui-même, pour le cas où il n'aurait pas droit à l'indemnité due au locataire, ce qui se présenterait toutes les fois que l'assureur aurait les moyens [1] de prouver que l'incendie n'est pas imputable au locataire son assuré.

En outre, le plus mauvais côté d'une telle réforme ne serait-il pas de donner, parmi les créanciers du locataire sinistré, la situation la plus favorable à celui-là seul qui avait à sa disposition un moyen de se soustraire aux risques de cette insolvabilité, au propriétaire qui n'avait qu'à s'assurer lui-même ?

Remarquons enfin que tous ces remèdes de fait, ou législatifs, ont cet inconvénient grave de ne protéger parmi les locataires que ceux qui ont la prudence de s'assurer pour risques locatifs, mode d'assurance fort peu répandu dans les campagnes parmi les fermiers, ou dans les villes parmi les petits locataires.

12. Nous revenons donc à la nécessité de consacrer législativement le système d'après lequel le droit du propriétaire d'agir en vertu de l'article 1733 est un droit personnel et incessible.

Sans doute cette innovation ne rendra pas inutile l'assurance des risques locatifs [2] pour le locataire, qui doit toujours, d'après nous, rester exposé au recours du propriétaire dans les termes de l'article 1733 ; mais il faut noter :

1° Que ce recours sera moins dangereux par suite de la modification apportée à l'article 1734 ;

2° Que ce recours de la part du propriétaire contre son

[1] Il est admis unanimement, en effet, que l'assureur peut, comme étant au lieu et place de l'assuré, faire valoir tous les moyens et profiter de toutes les exceptions propres à repousser la demande à raison du risque locatif.

[2] Même si par une disposition législative formelle on renversait la règle de l'article 1733 en imposant au propriétaire la preuve de la faute, le locataire aurait intérêt à assurer les risques locatifs, pour le cas où sa faute serait prouvée.

Digitized by Google

locataire sera en fait fort rare. Le propriétaire, en effet, pour se mettre à l'abri des chances d'insolvabilité de son locataire tout autant qu'à l'abri des risques d'incendie, aura pris le plus souvent la précaution de s'assurer (cette assurance-là est fréquente), et il aimera mieux, on peut même dire, nous l'avons remarqué tout à l'heure, qu'*il devra* plutôt user de son recours contre la compagnie d'assurances que de son recours contre son locataire. Quant à la compagnie, dans le système que nous proposons, elle ne pourra agir contre le locataire qu'en vertu de l'article 1382.

Reste seulement à savoir, au point de vue économique, dans quelle mesure cette suppression d'une voie de recours pour les assureurs fera monter le taux des primes d'assurances; c'est une question que l'expérience seule résoudra.

13. De ces rapides considérations il résulte que, tout en maintenant le principe consacré par l'article 1733, il serait bon d'apporter à ce texte les trois modifications suivantes :

a. Une exception pour le cas où le propriétaire habite la maison louée;

b. L'insertion d'une formule générale de laquelle il résulterait que l'énumération des trois faits mentionnés au texte actuel n'a rien de limitatif;

c. La déclaration que le droit du propriétaire est personnel et incessible.

La rédaction suivante nous paraît réaliser ces trois innovations :

« En cas d'incendie, le bailleur, s'il n'habite pas la maison « louée, peut, conformément au droit commun, exiger du « preneur la preuve qu'il n'est pas en faute; mais ce droit « est exclusivement personnel au bailleur. »

Notons que la simple abrogation de l'article 1733, qui réaliserait sans contredit la deuxième innovation (*b*), ne remédierait à aucun des inconvénients résultant de l'absence de la première (*a*) et de la troisième (*c*). — Cette abrogatoin pure et simple présenterait en outre le grave danger d'ouvrir la porte à une foule de procès, en réveillant toutes les controverses qui, dans notre ancien droit, divisaient sur ce point la doctrine et la jurisprudence, controverses que

Digitized by Google

le législateur de 1804 a eu précisément pour but[1] de trancher par la disposition expresse de notre texte.

II

Article 1734. — « S'il y a plusieurs locataires, tous sont « *solidairement* responsables de l'incendie,

« A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé « dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en « est tenu,

« Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu « commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont point « tenus. »

14. Il résulte de ce texte que les locataires qui ne peuvent pas prouver, par l'un des deux moyens indiqués, que l'incendie ne leur est pas imputable, sont tenus *in solidum* vis-à-vis du propriétaire.

Sans entrer dans le détail des controverses sur la nature de cette solidarité, qui importe peu ici, bornons-nous à constater que nous sommes en présence d'une disposition exorbitante du droit commun qu'il est difficile de justifier en raison. On ne voit pas pourquoi, en supposant deux locataires, si l'un des deux est insolvable, ce doit être à l'autre, qui lui est absolument étranger, et non pas au propriétaire qui a traité avec lui, qui l'a introduit dans la maison, à supporter les suites de cette insolvabilité.

Il a bien été dit, dans les *Travaux Préparatoires*[2] qu'on a voulu imposer par là une *surveillance mutuelle* aux locataires; mais que penser pratiquement d'une telle exigence? Cette surveillance se conçoit-elle entre voisins indépendants, étrangers le plus souvent les uns aux autres? Le désir de protéger le propriétaire paraît sur ce point avoir entraîné trop loin les rédacteurs du Code; aussi ne voyons-nous pas les législations étrangères (sauf la loi belge, qui a sur ce point conservé notre Code) admettre cette solidarité. L'article 1590 du code italien, qui correspond à notre article 1734 et le copie en partie, l'a supprimée, et décide que les loca-

[1] Fenet, *Travaux préparatoires*, XIV, p. 351.
[2] Rapport de Mouricault au Tribunat (*ibid.*, p. 329).

Digitized by Google

taires ne sont responsables « que chacun en proportion de « la valeur de la partie qu'il occupe[1]. »

Notre article 1734 *devrait être modifié dans ce sens.*

15. On pourrait aussi l'abroger purement et simplement, et alors, en face de l'article 1733 modifié suivant les indications ci-dessus, la situation des colocataires serait la suivante :

1° Chacun d'eux serait responsable proportionnellement à la valeur de la portion de la maison louée qu'il occuperait.

2° Si l'un d'eux prouvait qu'il n'est pas en faute, il serait exonéré de toute responsabilité, les autres ne devenant responsables pour sa part que si le propriétaire prouvait leur faute, mais restant responsables pour leur part, sauf la preuve à fournir par eux de l'absence de toute faute.

En deux mots, pour la portion de la maison qu'il occupe, chaque locataire serait, vis-à-vis du propriétaire, responsable de sa faute *contractuelle* (art. 1315-2°).

Pour la portion occupée par ses colocataires, il ne serait responsable que de sa faute *délictuelle* (art. 1382).

MARC SAUZET.

DU MINISTÈRE PUBLIC PRÈS LES TRIBUNAUX DE SIMPLE POLICE,

Par M. Fr. CAMBUZAT, docteur en droit, substitut à Sedan.

L'article 144 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 27 janvier 1873, est ainsi conçu : « Les fonctions « du ministère public, pour les faits de police, seront rem- « plies par le commissaire du lieu où siégera le tribunal. « S'il y a plusieurs commissaires de police au lieu où siège « le tribunal, le procureur général près la Cour d'appel « nommera celui ou ceux d'entre eux qui feront le service. « En cas d'empêchement du commissaire de police du chef- « lieu ou s'il n'en existe point, les fonctions du ministère « public seront remplies soit par un commissaire résidant « ailleurs qu'au chef-lieu, soit par un suppléant de juge de

[1] Huc, *loc. cit.*

Digitized by Google

« paix, soit par le maire ou l'adjoint du chef-lieu, soit par « un des maires ou adjoints d'une autre commune du « canton, lequel sera désigné à cet effet par le procureur « général pour une année entière, et sera, en cas d'empê- « chement, remplacé par le maire, par l'adjoint ou par un « conseiller municipal du chef-lieu de canton. » Cette loi présentée à l'Assemblée nationale le 20 juin 1872, a, dit l'exposé des motifs, un double but : « 1° Rétablir l'unité de « juridiction dans chaque canton, en enlevant aux maires « la connaissance de certaines contraventions que le Code « d'instruction criminelle leur avait accordée concurrem- « ment avec les juges de paix ; 2° assurer un meilleur recru- « tement du ministère public, cet élément essentiel de « de toute juridiction répressive, en laissant aux procureurs « généraux une plus grande liberté dans le choix des per- « sonnes désignées pour en exercer les fonctions. » — Nous ne nous occuperons que du second but, la suppression de la juridiction des maires comme juges de simple police ne pouvant donner lieu à aucune critique et ayant rencontré, croyons-nous, l'approbation générale.

La modification de l'article 144 du Code d'instruction criminelle a pour but, suivant le vœu du législateur, de prévenir certaines difficultés survenues dans l'organisation du ministère public près les tribunaux de simple police, difficultés plus fréquentes depuis la suppression des commissaires de police cantonaux et l'élection des maires par les conseils municipaux. Ces difficultés, ajoute-t-on, seront écartées en laissant aux procureurs généraux une plus grande liberté dans le choix des personnes désignées pour exercer les fonctions du ministère public.

Examinons donc si le nouvel article 144 remplit le but que l'on s'est proposé, et pour cela comparons-le avec l'ancien texte du Code d'instruction criminelle qui est ainsi conçu : « Les fonctions du ministère public, pour les faits de police, « seront remplies par le commissaire de police du lieu où « siège le tribunal; en cas d'empêchement du commissaire « de police, s'il n'y en a point, elles seront remplies par le « maire qui pourra se faire remplacer par son adjoint. S'il « y a plusieurs commissaires de police, le procureur général « près la Cour royale nommera celui ou ceux d'entre eux

Digitized by Google

« qui feront le service. » Sans doute le cercle dans lequel peut aujourd'hui s'exercer le choix du procureur général est plus large, puisqu'il peut porter soit sur un suppléant de juge de paix, soit sur un commissaire de police, soit sur un maire, soit sur un adjoint ou même un simple conseiller municipal d'une des communes du canton. Mais cette latitude est encore trop restreinte; de plus, la qualité des personnes parmi lesquelles l'autorité judiciaire peut choisir sera souvent un obstacle à un bon recrutement du ministère public, surtout dans les cantons ruraux, c'est-à-dire là où il n'existe pas en général de commissaire de police.

On lit dans l'exposé des motifs de la loi du 27 janvier 1873, à propos da la suppression de la juridiction des maires comme juges de simple police : « Le maire est trop près de « ses justiciables, ses relations avec eux sont trop journa- « lières et trop intimes pour qu'il puisse administrer la jus- « tice avec indépendance et fermeté. » Et plus loin : « Cette suppression est devenue nécessaire. Les maires étaient dési- « gnés par l'administration à l'époque de la promulgation « du Code d'instruction criminelle. Dans la plupart des « communes, ils sont aujourd'hui élus par le conseil muni- « cipal, et si le pouvoir exécutif conserve le droit de les « révoquer, l'expérience prouve chaque jour que ce droit est « trop souvent illusoire. Dès qu'ils cessent d'être les agents de « l'État pour devenir les élus du conseil municipal, la parti- « cipation des maires à l'exercice du pouvoir judiciaire con- « stitue tout à la fois une anomalie et un péril. Notre organi- « sation judiciaire repousse, en effet, d'une façon absolue, le « principe de l'élection des juges et il serait à craindre que, « dans un intérêt électoral, certains maires ne se laissassent « entraîner, tantôt à des défaillances regrettables, tantôt à « de véritables abus d'autorité. L'administration de la justice « risquerait de devenir entre leurs mains un redoutable instru- « ment de despotisme local. Il serait plus que jamais dange- « reux de constituer le maire à la fois appréciateur et juge de « la désobéissance apportée à ses propres ordres. Alors même « qu'il serait impartial, il serait soupçonné de ne pas l'être. » Or, il est certain que les mêmes inconvénients existent dans notre espèce : ils sont même plus grands dans l'hypothèse du maire remplissant les fonctions du ministère public. En

Digitized by Google

effet, s'il ne dépend pas du juge de ne pas statuer sur une infraction à la loi pénale qui lui est soumise, il dépend au contraire du ministère public de poursuivre ou de laisser impunie telle ou telle infraction, en s'abstenant de verbaliser d'office quand cela serait nécessaire. Ne faudra-t-il pas beaucoup d'indépendance et de fermeté au maire dont, dit l'exposé des motifs que nous venons de citer, les relations avec les justiciables sont intimes et journalières pour se mettre au-dessus des passions et des haines locales, et sans souci de sa popularité, traduire de son propre mouvement en simple police tel administré influent dont il se fera peut-être un ennemi acharné. Or, il n'est jamais bon de placer les hommes entre leur intérêt et leur devoir; car, la fragilité de notre nature aidant, il se pourrait présenter des cas où le devoir céderait devant l'intérêt. — Bien que, d'après l'état actuel de la législation, les maires des chefs-lieux de canton soient nommés directement par le pouvoir exécutif, l'un des inconvénients signalés dans l'exposé des motifs n'en subsiste pas moins, la loi de 1873, permettant de choisir un maire quelconque du canton, c'est-à-dire un maire élu par le conseil municipal. — Ce que nous disons des maires s'applique également aux conseillers municipaux qui procèdent directement de l'élection et peuvent être appelés à occuper le siège du ministère public.

Aussi les maires refusent-ils souvent d'accepter des fonctions qu'ils considèrent comme une source d'ennuis journaliers ou, s'ils consentent à s'en charger, se contentent-ils d'exercer mollement les poursuites qui leur sont ordonnées par le parquet, sans jamais agir de leur propre initiative. En cas de refus de leur part, il n'y a ni en fait ni en droit aucun moyen de triompher de leur résistance, les articles 280 et 281 du Code d'instruction criminelle ne paraissent pas pouvoir trouver ici leur application.

C'est pour remédier à cet inconvénient que la loi de 1873 a permis de confier les fonctions du ministère public près les tribunaux de simple police aux suppléants du juge de paix; mais ici encore nous ne croyons pas que le législateur ait atteint le but qu'il se proposait et nous nous trouvons en présence d'obstacles sérieux. D'abord, en cas d'empêchement du juge de paix, il se peut que ce soit le suppléant, spéciale-

Digitized by Google

ment chargé du ministère public, qui doive être appelé à le remplacer, et il ne peut évidemment cumuler les fonctions de juge et d'officier de police judiciaire. Or la loi ne dit pas que, si ce suppléant est empêché de tenir le siège du ministère public, l'autre suppléant le remplacera, et on ne peut l'induire de son silence. Le nouvel article 144 dit, il est vrai, qu'il sera alors substitué par le maire, l'adjoint ou l'un des conseillers municipaux du chef-lieu de canton; mais nous avons vu comment les maires remplissent ces fonctions quand ils veulent bien les accepter. En second lieu, il se pourra que le suppléant, apte à remplir les fonctions du ministère public, réside dans une commune éloignée du chef-lieu de canton, ce qui entravera ses rapports avec le juge de paix et le greffier de simple police. Enfin les suppléants des justices de paix rurales sont généralement des notaires, des médecins, des personnes qui, par position, dépendent du public, ont une clientèle à ménager et redouteront de se trouver placés entre leur intérêt et leur devoir. Aussi, s'ils sont heureux d'obtenir un titre qui les fait entrer dans la magistrature, se montrent-ils généralement très-peu désireux d'être désignés pour les fonctions du ministère public qui les exposent à s'aliéner bon nombre de gens et faut-il de patients efforts pour triompher de leurs répugnances; il en est même qui, si l'on veut leur imposer cette mission, préféreront abandonner la suppléance. Inutile de dire que ceux qui consentent à se charger de ces fonctions ne les exercent, comme les maires, que sur les ordres formels du parquet, sans jamais user d'une initiative qu'il serait d'ailleurs téméraire de leur demander.

Le seul moyen de remédier aux inconvénients sérieux et pratiques que nous venons de signaler et de faire qu'une foule de petites contraventions qui se commettent journellement dans les communes rurales et nuisent au bon ordre et à la tranquillité publique ne restent pas impunies, consisterait à confier les fonctions du ministère public à des hommes placés par leur situation même en dehors des petites passions locales, qui pussent en même temps offrir des garanties d'instruction suffisantes et être pour le parquet des auxiliaires précieux. Quelles que soient les objections que l'on puisse formuler, l'unique remède consiste, croyons-nous, dans le rétablissement des commissaires de police cantonaux supprimés en 1870 et qui étaient chargés, non-seulement de la

Digitized by Google

tenue des audiences de simple police, mais encore de la police judiciaire du canton et d'exercer sur les gardes-champêtres une surveillance de plus en plus nécessaire. Comme dans toute chose humaine, il y a eu là des abus; on a cherché à transformer en agents politiques et électoraux des hommes dont les fonctions auraient dû être purement judiciaires. Mais parce qu'une institution a donné prise à la critique sur certains points, il ne s'ensuit pas qu'elle soit mauvaise en elle-même et doive forcément disparaître; il suffirait, en rétablissant les commissaires de police cantonaux, de se préoccuper avant tout de bien recruter leur personnel et de veiller à ce que ces fonctionnaires se renfermassent strictement dans leurs attributions. Ce qui prouve d'ailleurs le bien fondé de nos observations, c'est que depuis 1870 de nombreux décrets ont rétabli des commissariats de police là où ils avaient été supprimés. Il est vrai d'ajouter qu'ils ont été rétablis d'une manière fort incomplète, leur compétence étant restreinte en général à la seule commune du chef-lieu de canton et à la tenue des audiences de simple police. Si imparfaite que soit cette réorganisation, il est cependant à remarquer que la police locale est infiniment mieux faite dans les chefs-lieux de canton où il existe un commissaire de police que dans ceux qui en sont dépourvus. Qu'on ne dise pas que les commissaires cantonaux feraient double emploi avec la gendarmerie; car quels que soient le zèle et le dévouement des gendarmes, que nul plus que nous n'est plus disposé à reconnaître, il faut avouer que leur personnel est loin d'être en rapport avec les besoins du service, surtout depuis que la loi sur la réorganisation de l'armée les a chargés d'une foule d'occupations qui les empêchent de donner tout leur temps à la police judiciaire.

On lit dans l'exposé des motifs de la loi du 27 janvier 1873 : « Le désir d'arriver à mieux recruter le ministère public « près les tribunaux de simple police avait inspiré à quel- « ques-uns des membres de la commission une proposition « toute différente (de celle du projet de loi). Ils auraient « voulu que le choix des procureurs généraux ne fût pas cir- « conscrit parmi les maires et les adjoints, et que ces magis- « trats pussent déléguer l'exercice de l'action publique aux « conseillers municipaux, et même à tout électeur jugé par « eux capable et digne. Cette proposition n'a pas réuni la ma-

Digitized by Google

« jorité des voix. La commission a cru que, s'il était néces-
« saire de laisser aux procureurs généraux une plus grande
« latitude dans leurs choix, il était prudent néanmoins de
« leur imposer certaines limites. » Il est regrettable, croyons-nous, que la commission et l'Assemblée nationale se soient laissé arrêter par des scrupules qui ne sont pas fondés et aient craint de laisser aux procureurs généraux une latitude dont ils n'auraient certainement usé que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Tout en persistant à penser que le rétablissement des commissaires de police cantonaux serait le meilleur moyen d'assurer un bon recrutement du ministère public près les tribunaux de simple police, si cependant nous ne pouvions triompher de certains préjugés, nous souhaiterions que l'article 144 du Code d'instruction criminelle fût modifié dans le sens des désirs de la minorité de la commission. Le procureur général n'étant plus enfermé dans un cercle étroit trouverait facilement des hommes intelligents et instruits, indépendants par leur caractère et leur position sociale et qui, par dévouement au bien général, consentiraient à se charger des délicates fonctions du ministère public. Pour donner, par exemple, une plus haute consécration à leur investiture, les magistrats chargés du ministère public près les tribunaux de simple police, pourraient être nommés par décret du président de la République sur la proposition du procureur général; ils seraient choisis sur la liste des jurés habitant le canton. Par contre, en raison des services gratuits qu'ils rendraient ainsi à la société, ils pourraient être exemptés du service du jury pendant toute la durée de leurs fonctions; peut-être cette perspective triompherait-elle des hésitations et des répugnances de plusieurs.

Une expérience de quelques années, une lecture attentive du nouvel article 144 du Code d'instruction criminelle et des motifs qui ont inspiré le législateur nous ont convaincu que le but qu'il s'est proposé n'a pas été atteint et que la réforme commencée en 1873 devait être plus complète. Nous serions heureux que ces quelques réflexions pussent contribuer à améliorer notre législation pénale sur un point qui, pour n'être pas essentiel, n'en a pas moins une importance pratique incontestable.

FR. CAMBUZAT.

Digitized by Google

ÉTUDE

SUR

QUELQUES DIFFICULTÉS QUI PEUT PRÉSENTER L'APPLICATION DE L'ARTICLE 231 DU CODE DE JUSTICE MILITAIRE,

Par M. E. Marx, avocat, à la Cour d'appel de Bordeaux.

L'application du Code de justice militaire aux réservistes de l'armée active pour les délits qu'ils commettent pendant la période d'instruction, prescrite par l'article 43 de la loi du 27 juillet 1872, a amené en pratique certaines difficultés imprévues.

A plusieurs reprises les conseils de guerre ont eu à se prononcer sur le fait suivant :

Des réservistes avaient pendant la période des manœuvres commis quelques fautes d'indiscipline; ils avaient pour ce fait été condamnés par leur chef à un certain nombre de jours de prison. Usant du droit qui lui est accordé par la circulaire ministérielle prescrivant l'appel de la classe, l'autorité militaire avait sursis à l'exécution de la peine. Elle avait fait continuer à ces soldats leurs temps d'instruction comme à leurs camarades, se réservant de leur faire purger la condamnation après le départ de la classe.

Mais à ce moment, profitant de la liberté qui leur était laissée, ces jeunes gens avaient quitté le corps les uns en même temps que les libérés réservistes, les autres quelques heures auparavant.

Dans les deux cas on les traduisit devant le conseil de guerre sous la prévention de désertion à l'intérieur. La décision du tribunal ne fut pas la même pour toutes les hypothèses.

Il faut reconnaître tout d'abord que la situation juridique des prévenus n'était pas elle-même identique.

Pour les uns se posait une question unique :

Le soldat qui, ayant *pleinement* satisfait aux exigences de la loi, s'évade du corps, où il n'était retenu qu'à titre de peine, est-il déserteur?

Pour les seconds, il y avait en outre lieu de se demander

Digitized by Google

si, pour être puni comme déserteur, il suffit d'avoir quitté le corps quelques heures avant sa libération et de ne pas s'être représenté dans les délais de l'article 231 du Code de justice militaire, ou si au contraire cette absence de quelques heures seulement ne doit pas être simplement considérée comme une absence illégale, punie de peines disciplinaires.

C'est à l'étude de ces questions que nous allons consacrer ces quelques lignes.

Prenons la première hypothèse, et avant tout examinons quelle est la situation légale du réserviste qui, ayant fini son temps de manœuvres, est retenu au corps pour y purger une condamnation? Cette situation, nous l'avons indiquée d'un mot en posant la question : il est prisonnier, et c'est à ce titre seulement qu'il est maintenu au régiment.

Nous trouvons la preuve de notre assertion dans l'article 43 de la loi du 29 juillet 1872. Cet article (*in fine*) déclare formellement que « *la durée de chacune des manœuvres ne peut dépasser quatre semaines.* » Ce temps écoulé, le soldat a payé sa dette à la patrie; on n'a plus rien à lui réclamer, et aucune autorité ne pourrait le forcer à fournir un service plus long.

Il est bien vrai qu'une circulaire ministérielle est venue autoriser le chef de corps à retenir, même après l'expiration des quatre semaines, le réserviste qui pendant ce laps de temps aurait subi la peine de la prison. Aux termes de l'instruction, le soldat doit être gardé au corps après le départ de ses camarades, un nombre de jours égal à ceux qu'il a passés en prison.

Mais quelle est la portée de cette circulaire? Elle ne peut certainement pas décider, sous peine de contrevenir à une disposition *formelle* de la loi, que pour ces soldats la durée des manœuvres sera prolongée. Le seul sens légal qu'on puisse lui attribuer est donc de déclarer *que le temps de la peine ne comptera pas dans celui du service*, qui sera provisoirement *suspendu* pour n'être achevé qu'après l'exécution de la punition.

Mais comme les réservistes reçoivent pendant leur période d'appel une instruction spéciale, qu'il y aurait dès lors de graves inconvénients à appliquer rigoureusement cette suspension de service, la circulaire ministérielle autorise, ce

Digitized by Google

qui a lieu le plus souvent, l'autorité militaire à ne faire exécuter la peine qu'après que le soldat aura pleinement satisfait aux exigences de l'article 43 de la loi de 1872.

Telle est la situation qui se présente dans notre hypothèse. Le soldat est pleinement libéré des obligations qui lui sont imposées par la loi du recrutement. Le service qu'il devait est intégralement terminé et s'il est encore retenu au corps, ce n'est *qu'à titre de prisonnier*, pour purger une condamnation.

Dès lors peut-il commettre le délit de désertion?

Qu'est-ce que la désertion? C'est le fait de s'être soustrait au service en abandonnant son corps. L'un des éléments essentiels de ce délit c'est de s'être soustrait à un service. Et cela est si vrai que dans le Code pénal nous trouvons un délit d'évasion prévu par l'article 245 qui le punit dans certains cas de l'emprisonnement de *six mois à un an*. Cet article est certainement applicable aux militaires.

La différence entre le délit de désertion et le délit d'évasion, c'est justement que dans un cas on se soustrait à un service, dans l'autre on se soustrait à une peine.

L'arrêté du 19 vendémiaire an XII faisait l'application de ces principes en punissant l'*évasion* du condamné au boulet d'une détention double, ou de l'obligation de porter deux boulets pendant le temps de sa peine (art. 50). L'article 69 du même arrêté assimilait l'évasion à la désertion dans un cas spécial, celui où l'évadé avait été condamné aux travaux publics.

Ces deux articles n'ont pas passé dans notre Code, les errements de l'arrêté du 19 vendémiaire an XII n'ont cependant pas été changés, rien dans la loi, rien dans les travaux préparatoires ne permet de le soutenir. Bien mieux, l'article 216 du Code de justice militaire vise spécialement le complice du délit d'évasion, tandis que l'article 242 punit le complice de la désertion. Dès lors l'évasion a, dans tous les cas, été soumise aux règles ordinaires du Code pénal. Simple infraction, punie le plus souvent d'une peine disciplinaire, elle devient un délit dans l'hypothèse de l'article 245 du Code pénal.

C'est du reste ce que la Cour de cassation a formellement décidé dans son arrêt du 20 juin 1851 [Sirey, 1852, 1, 137) :

Digitized by Google

« *Attendu que si l'évasion n'est pas à elle seule constitutive de la* « *désertion..* »

Et nous ne saurions mieux faire que de reproduire ici les raisons sur lesquelles M. Dupin, dans l'espèce ci-dessus, appuyait son opinion et demandait à la Cour d'annuler le jugement d'un conseil de guerre, qui, d'après lui, avait fait une fausse application de la loi en assimulant ces deux infractions si dissemblables pourtant.

« La désertion est un délit militaire ; la peine corporelle « dont on la punit est une exception au grand principe que « personne n'est tenu de faire une chose : *Nemo precise cogi* « *potest ad factum.* Le manquement à la promesse civile se « résout en dommages et intérêts; dans l'acquittement de « la dette sacrée qui constitue le service militaire il en est « autrement : celui qui s'y soustrait est frappé d'une peine « plus ou moins grave selon les circonstances; ainsi l'a « voulu l'intérêt général; mais il faut du moins que l'inten- « tion de se dérober à cette obligation, sans laquelle l'État « ne saurait subsister, soit certaine. Or est-ce cette inten- « tion qui anime la prévenu lorsqu'il s'évade de prison? « Nullement. Innocent ou coupable, il cède en s'échappant « de la prison où il est enfermé à un double sentiment na- « turel : celui de la liberté et de sa conservation. »

Tels sont les principes mis en lumière par le savant procureur général, tels sont ceux que la Cour de cassation a admis.

Appliquons-les à notre hypothèse. Nous avons démontré que si notre réserviste peut être encore retenu au corps après l'expiration de *ses quatre semaines*, cela ne peut être qu'à titre de peine. Sa dette envers l'État est payée, il ne peut plus s'agir pour lui de se soustraire à ses obligations. Il en est libéré par son séjour à l'armée; s'il abandonne son régiment, il ne peut avoir qu'une seule volonté, qu'une seule intention, échapper à une peine. Et, en effet, admettons un moment que, aussitôt après son incarcération, les punitions du corps soient levées, immédiatement et *ipso facto* il recouvrera sa liberté, aucune autorité ne pourra le maintenir plus longtemps à l'armée.

Nous insistons sur cette dernière réflexion, car elle précise bien la situation. Dans notre espèce le militaire est délié de toute obligation. Il ne doit plus aucun service à la patrie. Il

Digitized by Google

y a simplement évasion. Et l'on ne saurait trouver en aucune façon les éléments constitutifs de la désertion.

Toute autre serait la position du militaire qui, une fois sa peine expirée, serait encore lié à l'armée ; toute autre serait la position du réserviste lui-même à qui l'on aurait fait faire sa peine au milieu de son temps de manœuvres. Qu'une grâce soit accordée à ces détenus, et loin d'être libres, ils redeviennent soldats, ils n'ont payé qu'une partie de leur dette; en se soustrayant à leur peine, ils ont commis deux délits : celui de désertion et celui d'évasion. Il n'est pas besoin d'ajouter que le délit d'évasion ne pourra jamais servir d'excuse au délit de désertion. Nous approuvons donc de la façon la plus entière l'arrêt de la Cour de cassation de 1851 que nous avons déjà cité et où l'on trouve l'application de ces principes. Nous admettons avec la Cour que dans le cas qui nous occupe actuellement, « il serait dangereux pour la discipline d'admettre en dehors du texte de la loi l'excuse tirée de l'évasion, puisqu'il suffirait au militaire, qui voudrait rompre son engagement, de commettre un léger délit, pour créer, en s'évadant, un obstacle légal à la poursuite en désertion. »

Mais dans l'hypothèse qui fait l'objet de cet article, le soldat a payé toute sa dette, il ne s'agit plus pour lui de rompre son engagement. Le délit de désertion disparaît absolument. Il ne reste qu'un simple délit d'évasion.

Résumons les développements que nous avons donnés jusqu'ici. Nous avons prouvé que le réserviste ne peut être maintenu légalement au corps après ses quatre semaines d'instruction qu'à titre de peine, — nous avons démontré que celui qui abandonne le corps pour échapper à un châtiment est simplement évadé. Nous arrivons à cette conclusion que l'infraction relevée contre les prévenus, loin de tomber sous le coup de l'article 231 du Code de justice militaire, ne devait être punie que des peines disciplinaires, sauf le cas exceptionnel de l'article 245 du Code pénal ordinaire[1].

Nous pourrions encore invoquer un argument de fait. Le réserviste, après ses vingt-huit jours, est désarmé, il rend

[1] C'est du reste en ce sens qu'a jugé le conseil de guerre de Bordeaux à qui l'espèce était soumise.

Digitized by Google

son équipement. C'est donc en civil qu'il fait sa peine. Ce désarmement lui-même ne prouve-t-il pas qu'on n'a rien à lui demander en tant que soldat?

Mais il est nourri aux frais de l'État? Cette objection, à notre avis, est loin d'être fondée, car tout prisonnier a droit à la nourriture, et c'est en cette qualité que le réserviste reste au corps.

Qu'on n'objecte pas non plus l'article 11, § 2 de la loi du 18 novembre 1875. Cette disposition n'a qu'un seul but, c'est de donner compétence aux tribunaux militaires pour les crimes et délits commis par les personnes qui y sont visées.

Détenu dans une prison militaire le réserviste qui commet un crime ou un délit est assimilable, pour la répression, à un soldat ordinaire. Mais la loi n'a nullement en vue de modifier ici les éléments constitutifs du délit. Ces éléments venant à manquer, quelque repréhensible que soit le fait incriminé, il ne saurait être frappé d'une pénalité quelconque sans qu'il y ait violation du principe, *nulla pœna sine lege.*

De même que le militaire qui a été désarmé ne peut, dans quelque situation qu'il se trouve, être soumis à l'application de l'article 245 du Code de justice militaire, punissant celui qui s'est rendu coupable du délit de dissipation d'armes ou munitions à lui remises pour le service, de même celui qui est libéré de son obligation vis-à-vis de la loi militaire ne peut encourir la peine de l'article 231 du même Code.

Nous ne saurions donc approuver à aucun point de vue la décision rendue par le conseil de révision de Lyon sur le pourvoi formé dans l'une des hypothèses ci-dessus indiquées.

Cet arrêt nous paraît avoir méconnu tous les principes de la matière, spécialement dans l'un de ses motifs ainsi conçu:

« Attendu que le réserviste *reste lié au service* et est sou-
« mis à la loi militaire pendant sa punition, qui *n'est que la*
« *prolongation légale de son séjour sous les drapeaux.* »

Nous avons montré en particulier que le réserviste n'est plus en aucune façon lié au service, et que, considérer sa détention comme une prolongation légale de son séjour sous les drapeaux, serait violer de la façon la plus formelle l'article 43 de la loi du 29 juillet 1872.

Nous conclurons donc l'étude de ce premier point en af-

Digitized by Google

firmant qu'aux yeux de la loi, celui qui a terminé son service, et qui n'est plus retenu à l'armée que comme prisonnier n'est pas soumis à la peine de l'article 231 du Code de justice militaire lorsqu'il parvient à s'évader.

Reste à examiner notre deuxième question. Celle-ci est peut-être plus délicate, l'opinion que l'on pourrait émettre est ici peut-être moins certaine. Toutefois des arguments de la plus haute gravité nous semblent militer également en faveur de la non-application de l'article 231, alors que le militaire quitte son corps moins de six jours avant sa libération.

La loi nous semble avoir prévu deux infractions distinctes que peut commettre un soldat en abandonnant son corps. La première punie de peines disciplinaires est l'absence illégale. La deuxième punie de peines correctionnelles est le délit de désertion.

Aux termes de l'article 231, tout individu qui n'est pas resté absent *six jours* ne peut être déclaré déserteur. On se bornera, à son retour au corps, à lui infliger une peine disciplinaire qui ne pourra excéder 60 jours de prison.

Cela étant posé, plaçons-nous pendant la durée du service. — Le militaire qui fait une absence illégale est puni de prison, mais le temps d'absence compte dans celui de l'activité; ces principes sont admis de tous.

Si nous les appliquons au cas actuel, — l'individu qui s'absente illégalement au moment où sa libération est proche (dans l'hypothèse et dans l'espèce qui s'est présentée devant le conseil de guerre, les réservistes allaient être licenciés dans les vingt-quatre heures), doit voir le temps de son absence compter comme temps de service. Sa libération arrive donc pendant qu'il n'est pas au corps. Peut-on dès lors considérer cet homme comme *étant resté absent* pendant 6 jours? Mais il ne pouvait plus, dans aucun cas, être retenu 6 jours au régiment surtout dans notre hypothèse où la libération a lieu par l'effet même de la loi.

Admettre dans ces conditions qu'il est déserteur, c'est ou violer l'article 231, ou renverser les principes généralement admis en matière d'absence illégale.

Rien dans la loi ne permet de le faire.

D'ailleurs, voyons les conséquences. — Un soldat aura quitté l'armée 3 heures avant sa libération, il sera, d'après

Digitized by Google

le système adverse, passible de 2 à 5 ans de prison. Il se sera absenté 5 jours pleins pendant la durée de son temps; il ne pourra être puni que de 60 jours de prison au maximum. Remarquons en outre, que les 60 jours de prison ne prolongeront pas en général son service; au contraire, dans le premier cas, la peine de 2 à 5 ans sera subie après sa libération.

Allons plus loin, admettons que l'armée se trouve en présence de l'ennemi, un soldat s'absente *deux jours*, il revient ensuite. Il ne pourra encore être puni que de 60 jours au maximum.

Ne voit-on pas quelles conséquences étranges entraînerait l'application de l'article 231 au cas qui nous occupe? L'individu qui s'absenterait *une heure* en temps de paix serait frappé plus sévèrement que celui qui quitterait le corps pendant *deux jours* en présence de l'ennemi.

Nous comprenons du reste fort bien que la discipline pourrait avoir à souffrir, si une telle infraction n'était pas punie. Cependant, d'après les textes du Code et d'après la règle *nulla pœna sine lege,* aucune pénalité ne semble atteindre ce cas particulier.

C'est du reste ce que paraît avoir décidé le même arrêt du conseil de revision dans un autre de ses motifs :

« Attendu que le prévenu a quitté son corps sans autorisa-
« tion un jour avant l'expiration de la période de vingt-huit
« jours qu'il avait à faire, *alors qu'il avait en outre à subir une*
« *punition de trente jours de prison.* »

Cette obligation de subir sa peine après le temps de service n'apparaît-elle pas dans cette décision comme une condition essentielle de la culpabilité?

Quoi qu'il en soit, ne serait-il pas à désirer que le législateur intervînt pour trancher ces questions et surtout la dernière? Quelle que soit sa décision, il devra éviter de laisser impuni un acte d'indiscipline aussi caractérisé que celui que nous avons eu à rapporter. Mais il aura aussi à faire cesser l'anomalie que produirait certainement l'extension pure et simple de l'article 231 à cette même hypothèse. — Peut-être l'application de l'article 463 du Code pénal ordinaire à la matière qui nous occupe résoudrait-elle la difficulté de la façon la plus équitable.

EDGARD MARX.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

QUESTIONS DE DROIT MARITIME [1],

(2me série.)

Par M. Alfred DE COURCY, administrateur de la Compagnie d'assurances générales.

Compte rendu par M. LYON-CAEN, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

En rendant compte dans cette revue, en 1878 [2], du volume publié par M. de Courcy sous le titre de *Questions de droit maritime*, nous émettions le vœu que l'auteur continuât l'œuvre commencée par lui avec un si éclatant succès. Nous sommes heureux d'annoncer que notre vœu a été exaucé. M. de Courcy a publié une seconde série de *Questions de droit maritime*. Le but général de ce second volume est le même que celui du premier, le plan est aussi identique. M. de Courcy se propose surtout de prouver que les transformations énormes subies par la marine marchande depuis 1807 doivent faire considérer comme abrogées un grand nombre de dispositions de notre Code empruntées pour la plupart à l'ordonnance de 1681. L'auteur ne donne une explication complète, ni du second livre du Code de commerce, ni même d'un titre entier de ce livre; mais il consacre quelques chapitres à des questions spéciales du plus haut intérêt.

La théorie générale que l'auteur avait développée dans l'introduction de son premier volume est reproduite par lui dans quelques pages formant la préface du second. Nous persistons à trouver fort exagérés les principes posés par M. de Courcy quant à l'abrogation des lois par la désuétude. Il n'est pas admissible qu'une loi soit abrogée par un usage contraire, quelque constant et quelque général qu'il soit, si cette loi est prohibitive ou impérative. L'abrogation par l'usage n'est possible, même compréhensible, que pour les lois purement interprétatives. M. de Courcy s'est laissé entraîner par un amour de la justice fort louable sans doute, mais qu'il faut souvent laisser de côté lorsqu'on interprète les lois. L'application de lois anciennes que des changements de

[1] 1879. Cotillon et Ce, éditeurs.

[2] T. VII de la nouvelle série, p. 358 et suiv.

Digitized by Google

mœurs et de besoins ont rendues injustes et mauvaises le révolte. Il veut y échapper, et pour arriver à son but, il ne recule devant aucune théorie. L'épigraphe placée par l'auteur en tête de son livre et de sa préface est sous ce rapport tout à fait caractéristique : *Amica lex, sed magis amica justitia.* Au point de vue philosophique, cette maxime est excellente. Il y a des lois contraires à la justice ou à ce qu'on appelle vulgairement l'équité. L'homme de bien aime la justice et n'aime la loi qu'autant qu'elle lui est conforme. Mais le juge et le jurisconsulte ne doivent pas se laisser dominer par ce sentiment philosophique élevé, quand ils interprètent et appliquent la loi. Ils doivent la respecter, fut-elle injuste. L'épigraphe du livre de M. de Courcy conduirait à l'arbitraire; car, on l'a dit bien souvent, le sentiment de la justice et de l'équité n'est pas le même chez tous les hommes. M. de Courcy paraît autoriser, inviter même le juge à se placer au-dessus de la loi. « Une image, dit-il, complétera l'expres-« sion de ma pensée. La loi est l'horloge régulatrice de la « cité. Elle brille au fronton du palais de la justice; il est « présumé qu'elle est réglée sur le soleil et soigneusement « remontée, afin de marquer l'heure pour tous les rapports « de la vie sociale. Les juges, à leur tour, règlent leurs mon-« tres les yeux fixés sur le cadran légal, et sont chargés de « distribuer l'heure aux citoyens de tous les quartiers. Un « jour, ils s'aperçoivent que l'horloge est arrêtée. Que faire? « et distribueront-ils l'heure fausse, par un servile respect « pour le cadran? Non, ils consulteront eux-mêmes le soleil « de la justice; ils tâcheront de distribuer l'heure juste. » De pareils principes nous semblent être absolument contraires à ceux qui doivent guider le juge. Nous sommes persuadés que M. de Courcy reculerait lui-même devant les conséquences qui pourraient en être tirées. Du reste, tout en ne partageant pas toujours les opinions de l'auteur, nous n'avons pas trouvé dans son livre d'application de sa dangereuse doctrine sur les pouvoirs du juge et les droits de l'interprète.

Le nouveau volume de M. de Courcy contient huit chapitres qui ont pour titres : *La baraterie de patron, Les limites de la responsabilité personnelle, La responsabilité des armateurs devant la juridiction administrative, Une nouvelle violation de l'article 216 du Code de commerce, L'absence des navigateurs disparus, Avaries communes : les règles d'York et d'Anvers, Le*

Digitized by Google

délaissement, *L'assurance du fret et du profit espéré.* Chacun de ces chapitres est rempli de remarques pleines d'intérêt, de critiques vives et souvent fort justes de la jurisprudence. Peu d'hommes en France ont une connaissance aussi approfondie du droit maritime et des besoins divers du commerce de mer que M. de Courcy. Aussi ses solutions sont-elles en général excellentes; nous ne trouvons de place pour la critique que sur des points de détail.

Dans le premier chapitre, M. de Courcy cherche à prouver qu'on donne généralement aux mots *baraterie de patron*, employés par l'article 353 du Code de commerce, une portée exagérée. Selon lui, cette expression comprend seulement les fautes intentionnelles ou celles qu'à raison de leur gravité on assimile au dol. Nous nous rangeons absolument à cette doctrine. L'assureur maritime ne répond pas en principe de la baraterie de patron; il est évident que si cela écarte la responsabilité de la négligence ou de l'imprudence, l'assurance maritime perd beaucoup de son utilité. Du reste, les polices contiennent en fait toutes une clause rendant l'assureur garant de la baraterie de patron, et les lois étrangères de date récente admettent qu'à moins de clause contraire, l'assurance comprend la baraterie de patron. Quelle est donc la portée pratique de la discussion de M. de Courcy sur le sens des mots baraterie de patron? L'auteur la trouve dans une question où, selon nous, elle n'a aucun rôle à jouer. Dans le cas, fréquent aujourd'hui, où par la faute d'un capitaine un navire est abordé, on a prétendu (et des arrêts ont adopté cette opinion) que l'assureur du navire abordeur, quand il y a assurance de la baraterie de patron, est garant de l'indemnité due par le propriétaire de ce navire au propriétaire du navire abordé. Selon M. de Courcy, c'est là une doctrine fausse qui est une conséquence du sens trop large attribué à l'expression *baraterie de patron.* Cela ne nous semble nullement exact. L'abordage peut avoir sa cause dans une faute ou dans une fraude du capitaine du navire abordeur. L'opinion que M. de Courcy combat est exorbitante même dans le cas de fraude. Les partisans de cette opinion se trompent seulement en appliquant l'assurance à une dépense qui ne concerne pas le navire assuré; ils ne commettent aucune exagération quant à la portée de la clause concernant la baraterie de patron.

Le second chapitre sur *Les limites de la responsabilité per-*

Digitized by Google

sonnelle, contient l'exposé d'une opinion d'un grand intérêt au point de vue du droit maritime, mais qui trouve son application dans une foule d'hypothèses absolument étrangères au commerce de mer. Il arrive très souvent que les chartes parties ou les connaissements contiennent des clauses excluant la responsabilité du propriétaire du navire quant aux fautes du capitaine. De pareilles clauses sont-elles valables? L'auteur a parfaitement compris que cela se rattache à des questions générales qu'il formule en ces termes : *Est-il licite de s'affranchir par la convention de la responsabilité des faits et fautes de ses préposés? Est-il licite de s'affranchir par la convention de la responsabilité de ses faits personnels?* M. de Courcy combat avec raison la doctrine courante qui admet la nullité de clauses de ce genre, exclusives de la responsabilité. Il arrive à faire une distinction qui n'est autre que celle du droit romain (L. 23 Dig., 50, 17) : « On ne peut pas « convenir par avance qu'on ne répondra pas de son dol ou « des fautes lourdes assimilées au dol; mais on peut s'exoné- « rer de la responsabilité de toutes autres fautes. » Comment des conventions de ce genre ne seraient-elles pas valables entre les parties, alors qu'au moyen d'un contrat d'assurance fait avec un tiers on peut arriver au même résultat[1]? Mais l'auteur se trompe quand, en passant, il fait allusion aux clauses de non responsabilité stipulées par les compagnies de chemins de fer. Il dit d'une façon générale que ces clauses sont nulles à raison du monopole dont ces compagnies jouissent, et que sur ces clauses il n'y a pas accord de volonté. Cela n'est pas sérieusement contestable, quand il s'agit du transport des bagages accompagnant les voyageurs. Mais le raisonnement de M. de Courcy est inapplicable aux tarifs spéciaux de marchandises contenant une clause de non-responsabilité. L'application de ces tarifs n'a lieu que sur la demande de l'expéditeur, qui est toujours libre de laisser appliquer le droit commun, c'est-à-dire le tarif général. Il n'y a pas ici à invoquer le monopole des compagnies, ni le défaut de consentement. La question relative à la clause de non-responsabilité dans les tarifs de marchandises

[1] Voyez ce que nous avions dit sur ce point dans le compte rendu du tome Ier du *Cours de droit maritime* de MM. Cresp et Laurier (*Revue critique de législation*, nouvelle série, t. VI, p. 143 et 144.)

Digitized by Google

est donc alors identique à celle que discute M. de Courcy. Il n'y a aucun motif pour lui donner une solution spéciale.

Une question fort importante et qui touche à l'état des personnes forme l'objet d'un des plus intéressants chapitres de l'ouvrage. Des marins disparaissent souvent sans qu'on ait la preuve écrite de leur décès. Leurs femmes peuvent-elles se remarier? Il y a là, on le comprend, une question qui, au point de vue moral et économique, est digne de la plus sérieuse attention. Malheureusement nos tribunaux sont en désaccord sur la solution à donner. Les uns refusent d'admettre le second mariage, en se fondant sur ce que l'absence d'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne dissout pas le mariage. Les autres, écartant la théorie de l'absence, admettent que la preuve du décès peut être faite par tous les moyens possibles, et que, si la femme d'un marin disparu invoque des présomptions suffisantes du décès de son mari, elle peut se remarier. M. de Courcy voudrait qu'une loi formelle résolût la question. La question nous paraît tranchée par les principes généraux du droit. Les simples faits qu'on ne peut pas constater par écrit sont susceptibles d'être prouvés par témoins, et par suite par des présomptions de l'homme (art. 1353 C. civ.). Une loi interprétative déclarant que l'article 1353 est applicable à la preuve du décès serait donc suffisante. D'ailleurs, la situation si intéressante des veuves des marins disparus ne pourrait plus donner lieu aux mêmes difficultés si la loi sur le divorce, actuellement en préparation, admet, comme la commission de la Chambre des députés le propose, l'absence d'un des époux au nombre des causes de divorce.

Les solutions qui semblent injustes à M. de Courcy ont en lui un adversaire infatigable. Il ne craint pas de revenir sur elles avec une ardeur toujours nouvelle. C'est ainsi qu'encore une fois il combat la jurisprudence administrative qui refuse d'appliquer l'article 216 du Code de commerce au cas d'échouement d'un navire à l'entrée d'un port. Il développe aussi, comme il l'avait déjà fait[1], mais avec une foule d'aperçus et d'arguments nouveaux, ses critiques contre l'extension excessive donnée par la jurisprudence française au délaissement, et montre parfaitement le principe général

[1] *D'une réforme internationale de droit maritime*, p. 141 et suiv.

Digitized by Google

qui devrait servir à déterminer les cas dans lesquels le délaissement est admissible. Les efforts de M. de Courcy ne sont pas du reste demeurés sans résultat. Dans les *Règles d'York et d'Anvers*, l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens a admis presque complètement les idées du savant auteur en ce qui concerne les avaries communes [1]. M. de Courcy analyse ces règles et leur donne en général sa précieuse approbation.

Nous espérons que la seconde série des *Questions de droit maritime*, qui est la suite du volume paru en 1878, n'est pas la fin de l'œuvre entreprise par M. de Courcy. Il y a encore bien des points que l'auteur n'a fait qu'effleurer ou n'a pas touchés du tout. Dans l'intérêt de la saine interprétation de nos lois maritimes et de leur amélioration, nous espérons que de nouvelles séries de *Questions de droit maritime* ne tarderont pas à paraître. CH. LYON-CAEN.

COURS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL [2].

Par M. F. LAURENT, professeur à l'Université de Gand.

Compte rendu par M. E. BINET, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Nancy.

L'auteur des *Principes de droit civil français*, M. Laurent, professeur à l'Université de Gand, vient d'ajouter une nouvelle publication à ses œuvres si nombreuses et si variées. Comprenant avec raison qu'un traité en 33 volumes, fort utile pour les jurisconsultes, les magistrats, les praticiens, est beaucoup trop étendu, trop surchargé de questions de détails pour être mis avec fruit entre les mains des étudiants, l'éminent jurisconsulte a eu la louable inspiration de résumer en quatre volumes les idées principales développées dans son grand ouvrage sur le Code civil. Certes, tous ceux qui connaissent par ses travaux antérieurs les qualités du célèbre professeur belge ont conçu les plus légitimes espérances à l'apparition de ce cours élémentaire. Plus de quarante années d'enseignement ont donné à M. Laurent l'art si appréciable d'exposer avec netteté, clarté et méthode les

[1] *Questions de droit maritime*, 1re série, p. 225 et suiv.
[2] 4 vol. in-8°. Paris, Marescq.

Digitized by Google

principes du droit. Il a pour le texte de la loi un respect qu'il est certes utile d'inculquer à de jeunes élèves, trop disposés souvent à se laisser entraîner aux théories aventureuses.

Le cours élémentaire dont nous allons rendre compte s'ouvre par une longue préface, où l'auteur s'attache surtout à démontrer l'importance des principes, en même temps qu'il prêche aux interprètes le respect du texte. « Les principes, c'est tout le droit », tel est ce thème qu'il développe avec trop d'abondance peut-être. La préface eût gagné, semble-t-il, à être beaucoup plus condensée; bien des répétitions superflues se rencontrent dans ce préambule. Les mêmes idées exposées brièvement, avec précision, eussent frappé davantage ses jeunes lecteurs: il est fort à craindre que 126 pages de préface ne soient de nature à rebuter nombre d'entre eux, qui trouveront plus simple de passer immédiatement à l'explication du Code. D'ailleurs, dans ces prolégomènes, l'auteur n'oublie-t-il pas souvent qu'il s'adresse à des débutants, tout à fait novices dans les études juridiques? Voulant prouver que la jurisprudence et les auteurs sont engagés dans une voie fausse, qu'ils négligent trop le texte pour rechercher l'esprit de la loi, M. Laurent prend des exemples dans tous les titres du Code, et se livre immédiatement à un examen sommaire de nombreuses difficultés soulevées par les interprètes. A quoi bon? Quel profit un étudiant de première année pourra-t-il tirer de ces discussions anticipées, à peu près inintelligibles pour lui?

Quant au fond des idées, nous serons plus facilement d'accord avec l'auteur, non toutefois sans réserves. L'interprète, suivant lui, doit se garder de faire la loi au lieu de l'expliquer; il ne doit pas, sous prétexte d'équité, faire prévaloir l'esprit sur le texte. C'est dans le texte qu'il peut le plus sûrement découvrir la pensée du législateur; les travaux préparatoires offrent des dangers pour ceux qui les consultent, car fort souvent on n'y trouve que des opinions individuelles; le pouvoir législatif ne s'est approprié par son vote ni les exposés des motifs, ni les rapports; les discussions du Conseil d'État, telles qu'elles se trouvent dans les procès-verbaux publiés par Locré, sont très confuses et par conséquent ne peuvent en général éclairer l'interprète. M. Laurent fait plus de cas des observations de la section de

Digitized by Google

législation du Tribunat, mais il constate qu'il lui est aussi arrivé de se tromper sur le sens de diverses dispositions de notre Code. La tradition, qu'on invoque souvent, est encore plus incertaine, d'après notre auteur: tout est matière à controverse, quand il s'agit du droit ancien ; elle ne peut en tout cas prévaloir contre la lettre du Code, puisque notre législateur a pris soin d'abroger toutes les lois anciennes, en tant qu'elles y sont contraires. On ne devra donc recourir à la tradition que si la loi laisse quelque doute.

Il y a du vrai dans ces observations, mais elles sont trop absolues. Certes une grande autorité s'attache au texte; il faut le considérer en principe comme l'expression exacte de la pensée du législateur, et cependant l'interprète qui s'en tiendrait toujours et exclusivement à la lettre risquerait plus d'une fois de ne pas saisir la pensée exacte des auteurs de la loi. Rien n'est aussi difficile, on s'en aperçoit tous les jours, que la rédaction des dispositions légales ; trop fréquemment, le texte, à raison d'expressions vagues, de constructions de phrase vicieuses, ne présente pas un sens bien clair : l'interprète est obligé alors de recourir aux travaux préparatoires, au droit antérieur, pour s'éclairer. N'y a-t-il pas d'ailleurs dans nos Codes des dispositions contradictoires? Elles n'abondent point sans doute, mais il serait impossible d'en contester l'existence, témoin les articles 777 et 785 qui, pris à la lettre, supposent chacun un principe différent; dans ces cas, ne faut-il pas rechercher l'esprit général de la loi, par suite ne pas respecter complètement l'un des textes? M. Laurent reconnaît lui-même que les dispositions du Code sont quelquefois en opposition avec la volonté du législateur, telle qu'elle résulte soit du rapprochement de divers articles, soit des travaux préparatoires. On ne doit donc pas toujours donner la prépondérance au texte. Souvent la tradition historique est un aide puissant pour l'interprète; ainsi par exemple, dans la matière des obligations, où les rédacteurs du Code se sont inspirés de Pothier au point de convertir à peu près les divers paragraphes de son traité en dispositions légales, les développements donnés par l'illustre maître seront un secours des plus efficaces et des plus sûrs pour l'intelligence des articles obscurs ou ambigus. Le jurisconsulte ne peut négliger complètement les travaux préparatoires; il y puisera avec discer-

Digitized by Google

nement, se gardant bien de donner force de loi aux paroles qui ne sont que l'expression des opinions individuelles. En fait, du reste, et dans l'application, M. Laurent, malgré la rigueur apparente de son principe, ne pousse pas toujours à l'extrême les conséquences de la doctrine qu'il préconise.

Un reproche plus grave nous semble devoir être adressé à l'auteur. Dans cette même préface, il a cru bon de prendre successivement à partie les auteurs français qui ont écrit sur le Code civil, d'adresser à chacun d'eux, ainsi qu'à la jurisprudence de notre pays, les critiques les plus vives, les plus acerbes, sur leur manière d'interpréter la loi. Nous nous demandons si ces appréciations empreintes d'une excessive sévérité, pour ne rien dire de plus, sont bien à leur place dans un livre destiné aux jeunes étudiants. Et puis ces critiques sont-elles bien fondées? Ainsi n'est-ce pas une exagération évidente que de dire : « La jurisprudence manque de principes.... les erreurs de principes y abondent » ? Est-il bien juste de se plaindre du pouvoir « tyrannique » qu'exercerait chez nous la Cour de cassation? Sans doute, notre Cour suprême jouit d'une autorité considérable ; c'est à elle qu'appartient légalement le dernier mot sur les difficultés que soulève devant nos tribunaux l'interprétation de la loi; les praticiens, avant d'entamer un procès, sont naturellement portés à consulter la jurisprudence, spécialement celle de la Cour de cassation. Est-ce un mal? Nous ne le pensons pas. Nos lois ont suscité de graves controverses; il est essentiel cependant que les intérêts divers trouvent autant que possible l'uniformité dans la jurisprudence : c'est à la cour régulatrice qu'incombe le devoir de faire respecter la loi par les juges inférieurs et d'établir une certaine fixité dans l'interprétation des textes. L'éminent professeur, comparant la jurisprudence de la cour de cassation française et de la cour de cassation belge, dit que la seconde est plus sûre que la première, « qu'on n'y rencontre pas de ces brusques revirements qui font de l'application des lois une loterie ». Nous ne nous prononcerons pas sur ce point délicat, mais le motif qu'en donne M. Laurent nous semble erroné : ce qui causerait, suivant lui, l'infériorité de la jurisprudence française, c'est que les cours belges ne statuent pas sans en avoir délibéré, tandis qu'en France, les arrêts rendus après délibération sont une exception. L'auteur est mal informé, car, sauf peut-être

Digitized by Google

un usage contraire de la chambre des requêtes, il n'est pas de litige tant soit peu important qui ne donne lieu, dans les autres corps judiciaires, à un délibéré plus ou moins long.

Nos jurisconsultes ne sont pas mieux traités que nos magistrats par M. Laurent; fort heureusement, tous ceux qui s'occupent de droit n'en ont pas aussi mauvaise opinion, et c'est à peine s'il est besoin de les défendre. Si l'on en croit le professeur de Gand, aucun des auteurs français modernes n'a compris sa mission, et leurs œuvres ne sont propres qu'à égarer le sens juridique des lecteurs. Celui qui parcourt froidement les appréciations de l'écrivain belge est bien tenté de lui appliquer ce qu'il dit d'un de nos jurisconsultes, Marcadé : « Tout le monde se trompe, lui seul a raison.... c'est un infaillible. » On trouve dans ce livre des jugements qui vont tellement à l'encontre de l'opinion unanimement reçue jusqu'alors qu'ils nous semblent devoir être cités. Ainsi écoutons ce que le critique dit de notre célèbre Demante : « Demante est peu connu en Belgique, et il faut s'en féliciter; il ne discute pas les questions, il les tranche comme législateur. » Nous avions toujours entendu vanter le cours analytique de l'illustre maître, et son programme nous semble encore un modèle de généralisation, bien propre à inculquer les principes juridiques. M. Laurent n'est pas beaucoup plus indulgent pour M. Colmet de Santerre, le digne continuateur de l'œuvre de Demante[1]; parlant de son travail, « Pour un cours élémentaire, dit-il, il est trop long, et pour un cours approfondi, il ne l'est pas assez. » Ce n'est point notre avis : sans parler des lumières que les jurisconsultes et les magistrats trouvent dans cet excellent traité, nous n'hésitons pas à le conseiller à nos élèves qui peuvent bien étudier dans le laps d'une année les deux ou trois volumes correspondant à leur programme d'examen. On chercherait en vain, pensons-nous, une explication plus logique, plus lumineuse de la théorie des obligations en particulier. Nos savants maîtres, MM. Aubry et Rau, n'ont pas trouvé grâce devant la critique de l'auteur belge; non seulement il reproche à leur cours de droit civil français d'être trop approfondi pour les élèves, de ne pas donner les motifs des dispositions légales, mais même de laisser beaucoup à désirer

[1] L'auteur le cite comme continuateur de Mourlon. C'est sans doute un *lapsus calami*.

Digitized by Google

pour les magistrats et les avocats. Nous convenons que cette œuvre, d'une extrême concision, n'est pas à la portée de tous ceux qui débutent dans l'étude du droit; elle exige du lecteur une extrême attention ; il doit peser tous les mots, se livrer à un travail intellectuel considérable. A ce titre même, l'ouvrage est tout à fait propre à perfectionner le sens juridique de ceux qui ont terminé leurs études élémentaires. Comment d'ailleurs ne pas reconnaître la valeur d'un livre où les auteurs ont su condenser en huit volumes, sans cesser d'être parfaitement clairs, l'explication détaillée du Code civil ? Et l'ouvrage n'est pas moins utile pour les praticiens ! Les nouvelles générations d'avocats et de magistrats l'ont étudié, et tous s'accordent à dire qu'ils y trouvent les éléments nécessaires pour la solution des questions si variées que soulève la pratique.

Il nous a paru que c'était justice de protester contre les jugements portés par M. Laurent sur nos auteurs. Nous l'avons fait, non par amour-propre national, mais par esprit d'équité, et l'appréciation favorable que nous avons donnée de la valeur du jurisconsulte belge suffirait à écarter tout soupçon de partialité de notre part. Nous sommes loin, en France, de méconnaître le mérite des œuvres étrangères, mais nous tenons à honneur de ne pas laisser ternir la gloire de ceux qui, comme les Valette, les Demolombe, et tant d'autres, ont su élever si haut le niveau de la science juridique.

On nous pardonnera ces développements considérables sur la préface du livre que nous examinons, si l'on songe que dans un ouvrage élémentaire, c'est plutôt l'esprit général de l'œuvre que les détails qu'il importe d'apprécier. Voyons maintenant ce qu'est le cours élémentaire de M. Laurent.

C'est un résumé extrêmement succinct des *Principes de droit civil français ;* l'auteur a suivi le même plan, c'est-à-dire à peu de chose près l'ordre des titres et chapitres du Code civil ; il prend soin d'indiquer à chaque page le tome et les numéros des paragraphes de son grand traité, où le lecteur peut trouver le développement de notions qu'il ne fait qu'indiquer. Son but a été de produire un précis très élémentaire, ne contenant que des principes, abstraction faite des détails et des points discutés. Il faut, suivant M. Laurent, réagir contre la tendance des professeurs belges et français de ne donner que des cours approfondis ; à l'en

Digitized by Google

croire, nos maîtres, dans leurs leçons orales, n'enseigneraient pas les principes, et s'attacheraient surtout à discuter les questions controversées. C'est un reproche que nous ne croyons point fondé en ce qui concerne les Facultés de France; les professeurs, à Paris et en province, cherchent avant tout à mettre en relief les principes fondamentaux ; mais ils ne croient pas inutile d'exposer rapidement, avec les arguments capitaux, les questions controversées les plus intéressantes, les plus pratiques; du reste, nous n'avons pas d'exemple analogue à celui que cite l'auteur, d'un professeur de Gand n'ayant pu réussir à achever en un an l'explication du titre préliminaire du Code civil.

Le cours de M. Laurent se ressent naturellement de son parti pris d'éliminer toute discussion. On y trouve assurément une exposition nette, claire des notions juridiques les plus élémentaires; mais nous doutons qu'un traité aussi concis, où n'apparaît point assez l'intérêt pratique des principes puisse attacher les jeunes lecteurs. L'auteur affirme toujours, sans même faire allusion en général à l'existence d'une controverse. M. Laurent oublie sans doute ce qu'il a dit quelque part : « Il ne faut point que l'élève jure sur la parole du maître. » Emploie-t-il pour empêcher ce résultat le meilleur moyen? Nous nous permettons d'en douter.

Le système de l'auteur peut être d'accord avec la décision prise par l'Université de Gand de réduire à deux années l'enseignement du droit civil; dans un laps de temps aussi court, le professeur ne peut évidemment qu'effleurer les matières et s'en tenir strictement aux principes les plus généraux. Chez nous, l'organisation est différente ; celui qui enseigne le droit civil consacre au moins trois leçons par semaine pendant trois années à l'explication du Code; il ne se borne pas à un exposé trop sec des principes : il en montre l'intérêt pratique, il examine au moins les controverses les plus célèbres, ce qui nous paraît indispensable pour l'éducation juridique de nos futurs magistrats et avocats.

Malgré ces critiques sérieuses, nous pourrions conseiller à nos élèves la lecture du livre de M. Laurent, comme préparation à la leçon orale ; par malheur, ce cours présente pour les Français un autre danger. L'auteur l'a destiné en première ligne à ses jeunes compatriotes, ce qui est fort naturel; aussi se place-t-il exclusivement au point de vue de la égislation belge ; il ne fait aucune allusion aux différences

Digitized by Google

qui existent sur des matières importantes, comme le régime hypothécaire, par exemple, entre cette législation et la nôtre. Cette lacune peut induire le lecteur en erreur. Nous émettons le vœu qu'elle soit comblée dans une nouvelle édition, car on ne peut certes que gagner au contact d'un esprit tel que M. Laurent. Son cours élémentaire, plus développé, mis au courant de notre législation, aurait l'approbation de tous les professeurs français. E. BINET.

LA TABLE DE BRONZE D'ALJUSTREL.

ÉTUDE SUR L'ADMINISTRATION DES MINES AU 1er SIÈCLE DE NOTRE ÈRE.

Par M. Jacques Flach, avocat à la Cour d'appel,
Professeur à l'École des sciences politiques, etc.

Compte rendu par M. J. B. Mispoulet, avocat à la Cour d'appel,
Docteur en droit.

Depuis environ vingt-cinq ans, l'épigraphie romaine s'est enrichie d'un grand nombre de monuments très importants au point de vue des institutions juridiques. Chose curieuse! la plupart de ces monuments nous viennent de la même contrée, de la péninsule Ibérique. L'Espagne nous a fourni : les lois de Salpensa et de Malaga, l'*instrumentum fiduciæ*, et plus récemment la *Lex Genetiva*, si précieuse, à tant de titres. Voici qu'à son tour le Portugal nous offre la *Lex metalli Vipascensis*.

C'est une table de bronze de 72 centimètres de haut sur 53 centimètres de large, brisée sur l'un des côtés, dans toute sa longueur. Les deux faces sont gravées, mais elles reproduisent, toutes les deux, le même texte. Enfin cette table porte le n° 3, et comme elle n'est pas la dernière, il faut admettre qu'il y en avait au moins trois autres, qui malheureusement n'ont pu être retrouvées.

Ce monument a été découvert en mai 1876, près d'Aljustrel (province d'Alentejo, district de Beja), par une société minière qui reprenait, en cet endroit, des travaux interrompus depuis des siècles.

La table d'Aljustrel, malgré son état d'imperfection, offre un très grand intérêt, car elle nous révèle des détails inconnus jusqu'ici, sur divers points de l'administration romaine, notamment en ce qui concerne la réglementation des mines, vers la fin du premier siècle de notre ère.

Digitized by Google

MM. Hübner, Mommsen, Bruns et Wilmans, en Allemagne et chez nous M. J. Flach, ont étudié et expliqué ce texte épigraphique. Il résulte de leurs travaux qu'il renferme une loi émanée de l'empereur, réglant l'administration de l'ensemble du territoire des mines de Vipasca, qui appartenaient au fisc.

On voit apparaître, pour la première fois, dans ce texte, un régime nouveau en matière de mines : le système mixte de l'ancienne ferme et de l'exploitation directe, sous la direction d'un agent de l'empereur, appelé *procurator metallorum*. Ce dernier mode d'exploitation date de l'empire.

La table que nous possédons est relative aux redevances à percevoir par le *conductor*. La révélation la plus intéressante de notre inscription, c'est le fermage, au profit du fisc, des professions (telles que celle de commissaire-priseur, crieur public, maître de bains, cordonnier, foulon, etc.) exercées dans le territoire de la mine. Moyennannt le payement d'une redevance, ces diverses personnes avaient le droit d'exercer leurs métiers à l'exclusion de toutes autres, et la loi édictait certaines pénalités contre la concurrence. On voit par là qu'il ne s'agit pas moins que de l'introduction des monopoles dans l'administration romaine.

Ce résumé rapide de la loi suffit pour montrer le profit qu'on peut en tirer pour la connaissance de l'administration romaine. Au point de vue des institutions juridiques proprement dites, elle n'offre pas moins d'intérêt.

Ainsi, par exemple, il est question, à plusieurs reprises, de la *pignoris capio* attribuée aux *conductores*, concurremment avec l'amende, pour le payement des redevances et à titre de garantie de leurs monopoles; ce qui confirme et complète un passage de Gaius (C. IV, § 32). L'inscription mentionne aussi le rôle de la stipulation (*argentaria stipulatio*) dans les ventes publiques, rôle que nous connaissions déjà par les Tablettes de cire de Pompeï.

Mais nous ne pouvons insister ici sur tous ces détails, si bien mis en lumière dans le travail de M. J. Flach, auquel nous renvoyons le lecteur.

L'étude de la Table d'Aljustrel par M. J. Flach, bien qu'elle ait paru après les savantes investigations de ses éminents devanciers, fait incontestablement honneur à la science. L'auteur n'a rien laissé dans l'ombre; il a examiné et résolu toutes les difficultés soulevées par l'inscription sans négliger

Digitized by Google

les détails en apparence les moins importants. Mais ce n'est pas seulement par cet exposé méthodique et complet de la matière que se distingue ce travail; il faut aussi louer la sage critique de l'auteur et la nouveauté de ses aperçus.

Tout en faisant nos réserves sur le caractère de loi attribué à ce document — ce qui, à l'heure actuelle, ne nous paraît pas absolument démontré — nous souhaitons, pour l'honneur de la science française, que tous les textes d'épigraphie juridique soient l'objet d'une étude aussi consciencieuse que celle que nous offre M. J. Flach.

On trouve à la fin de l'ouvrage la traduction de l'inscription, la reproduction en fac-similé du texte et sa lecture. C'est fort bien, et ces détails de forme ont leur importance. Nous eussions même souhaité davantage; nous eussions voulu que l'auteur eût sous les yeux, à défaut de la table elle-même, un bon estampage, car, de l'avis des épigraphistes, rien ne peut remplacer l'estampage, même les reproductions photographiques.

Ce n'est pas une critique que nous lui faisons, mais un vœu que nous adressons à qui de droit par l'organe de la *Revue*. Ne pourrait-on pas obtenir du ministère, des estampages de tous les monuments épigraphiques que l'on mettrait ensuite à la disposition de ceux qui voudraient les consulter?

J. B. MISPOULET.

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 15 avril dernier, s'est terminé le 14 juillet.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM.	Chavegrin,	docteur de la	Faculté de	Nancy.
	Cohendy,	—	—	Grenoble.
	Barrilleau,	—	—	Poitiers.
	Gardeil,	—	—	Nancy.
	Beauchet,	—	—	Nancy.
	Chatel,	—	—	Caen.
	Jourdan,	—	—	Aix.
	Dessertaux,	—	—	Dijon.
	Estoublon,	—	—	Paris.
	Wallon,	—	—	Toulouse.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

La contrainte exercée sur un électeur, même lorsqu'elle n'a pas déterminé le vote ou l'abstention, est-elle punissable en vertu des lois du 2 août et 30 novembre 1875?

Par M. Paul Lombard, agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

La jurisprudence vient d'être appelée à résoudre une question qui intéresse à un haut degré le suffrage universel et la liberté des élections. Plusieurs arrêts de cours d'appel (Nîmes, 30 mars 1878, D., 78, 2, 64; S., 78, 1, 173; — Nîmes, 13 juillet 1878, S., 78, 1, 173. — Cf. Aix, 9 août 1878, S., 78, 1, 324; — Toulouse, 17 janvier 1878, D., 78, 1, 195; S., 78, 2, 14) et un arrêt de rejet de la Chambre criminelle (Crim. rej., 7 décembre 1878, D., 79, 1, 143) ont décidé que depuis les lois organiques de 1875, concernant l'élection des sénateurs et l'élection des députés, toute contrainte exercée sur un électeur tombe sous le coup de la loi pénale, alors même que la contrainte, n'ayant eu aucune influence sur le vote, est restée à l'état de simple tentative.

Pour donner cette solution, les arrêts ont dû rechercher la pensée du législateur dans le rapprochement de lois qui datent d'époques et qui s'inspirent d'idées bien différentes, le Code pénal, le décret du 2 février 1852 et les lois de 1875 (loi du 2 août 1875 sur l'élection des sénateurs; — loi du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés). Il n'est pas étonnant que leur jurisprudence soit susceptible d'objections au moins spécieuses : nous nous proposons de les examiner et de démontrer qu'elles ne sont point fondées.

La loi du 15 mai 1849, qui réglementa pour la première fois le suffrage universel, réprimait aussi bien la tentative de contrainte que la contrainte ayant produit son effet : l'article 106 était formel à cet égard.

Le décret du 2 février 1852, par une innovation assez difficile à justifier, exempta de toute peine la tentative de con-

Digitized by Google

trainte. Il reproduisit dans son article 39 les termes mêmes de l'article 106 de la loi du 15 mars 1849[1], mais en y supprimant les mots *concernant la tentative*. Ce nouveau texte est ainsi conçu :

« Art. 39. Ceux qui, soit par voies de fait, violences ou « menaces contre un électeur, soit en lui faisant craindre de « perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa per- « sonne, sa famille ou sa fortune, *l'auront déterminé à s'ab- « stenir de voter ou auront influencé son vote*, seront punis d'un « emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de « 100 francs à 1,000 francs; la peine sera du double si le « coupable est fonctionnaire public. »

Au contraire, en ce qui touche la corruption par dons ou promesses, le fait d'avoir donné ou promis des deniers, effets ou valeurs quelconques, sous la condition soit de donner ou de procurer un suffrage, soit de s'abstenir de voter, demeura puni, comme sous la loi du 15 mars 1849, de trois mois à deux ans d'emprisonnement et de 500 francs à 5,000 francs d'amende, sans distinction entre le cas où ces actes auraient influé sur le vote et celui où ils n'auraient eu aucun résultat (art. 38).

La comparaison de l'article 39, soit avec l'article 38 concernant la corruption, soit avec la loi du 15 mars 1849, ne laisse donc aucun doute sur l'intention du législateur de 1852 au sujet de la contrainte : il n'a voulu l'atteindre qu'autant qu'elle aurait été suivie d'effet et aurait déterminé le vote ou l'abstention.

Un arrêt de la Cour de Riom, rendu dans une affaire demeurée célèbre, l'avait décidé en 1862 (Riom, 21 avril 1862, D., 62, 2, 169, 170; S., 63, 2, 81). La Cour de cassation, dans une décision rendue à une époque ultérieure, maintint cette jurisprudence (Crim. rej., 21 novembre 1872, D., 72, 1, 316; S., 73, 1, 185).

Les lois qui organisèrent la République ne cherchèrent pas à refondre la législation électorale : elles ne firent guère qu'enregistrer le résultat des transactions qui avaient permis le vote de la Constitution. Elles contiennent cependant quelques dispositions nouvelles destinées à protéger la liberté du

[1] Sauf une légère modification dans le taux de l'amende.

Digitized by Google

vote. On lit entre autres, dans la loi du 2 août 1875 sur les élections des sénateurs, un article ainsi conçu :

« Art. 19. Toute tentative de corruption par l'emploi des « moyens énoncés dans les articles 177 et suivants du Code « pénal, pour influencer le vote d'un électeur ou le déter- « miner à s'abstenir de voter, sera punie d'un emprisonne- « ment de trois mois à deux ans et d'une amende de cin- « quante à cinq cents francs (50 à 500 fr.), ou de l'une de « ces deux peines seulement.

« L'article 463 du Code pénal est applicable aux peines « édictées par le présent article. »

L'article 3, § 4, de la loi du 30 novembre 1875 a étendu cette prescription à l'élection des députés.

Tel est le texte sur lequel se fonde, pour réprimer la tentative de contrainte, la jurisprudence inaugurée par la Cour de Nîmes et adoptée par la Cour de cassation.

L'arrêt de la Chambre criminelle décide en substance que si l'article 19 (L. du 2 août 1875) ne semble viser que la tentative de corruption proprement dite, il comprend aussi en réalité la tentative de contrainte; qu'en effet, dans le langage du législateur, le terme de corruption a un sens très général qui embrasse à la fois la corruption par dons ou promesses et l'influence exercée par voies de fait ou menaces ; que le Code pénal l'indique clairement, puisqu'il intitule la section où il traite à la fois de ces deux modes d'influence illégitime : *De la corruption des fonctionnaires publics;* que, de son côté, le législateur de 1875 a manifesté son intention de frapper la tentative de contrainte, puisque l'article 19 renvoie à l'article 177 et aux articles suivants, parmi lesquels se trouve l'article 179 qui traite à la fois de la corruption par dons ou promesses et de la contrainte par voies de fait ou menaces. L'arrêt complète enfin son argumentation en observant que l'article 19 serait inutile s'il ne visait que la tentative de corruption proprement dite, cette tentative étant déjà réprimée par le décret du 2 février 1852.

Si fortes que soient les raisons invoquées par la Cour de cassation, on doit reconnaître que l'arrêt donne de l'article 19 de la loi du 2 août 1875 une interprétation hardie.

N'est-ce pas forcer le sens naturel des mots, peut-on dire, que de considérer la contrainte comme une forme de la cor-

Digitized by Google

ruption? N'existe-t-il pas entre ces deux faits une opposition absolue?

Dans les articles 177 et suivants du Code pénal, la *corruption* du fonctionnaire, c'est, comme on l'a définie si exactetement, *le trafic de la fonction* (Blanche, t. III, n° 415), *le trafic de l'autorité* (Chauveau et Faustin Hélie, t. II, n° 831). Le mot ne peut pas recevoir d'autre sens : il est impossible d'y faire rentrer la contrainte; on ne peut pas dire que le fonctionnaire qui agit sous l'empire de la contrainte soit corrompu. Lorsque l'article 178 augmente la peine infligée au fonctionnaire au cas où la corruption a eu pour objet un fait criminel emportant une peine plus forte que la dégradation civique, il ne frappe assurément pas le fonctionnaire qui a fléchi devant des violences, mais celui qui s'est déterminé par l'appât de dons ou de promesses. De même lorsque l'article 181 punit le juge ou le juré qui s'est laissé corrompre, il ne peut viser que celui qui s'est laissé gagner.

Est-il soutenable que le terme de corruption comporte un sens tout différent lorsqu'on l'applique à l'agent qui cherche à influencer le fonctionnaire, le juge ou l'électeur? qu'il perde au point de vue objectif le sens si précis qu'il présente au point de vue subjectif? qu'il comprenne alors non seulement la séduction par dons ou promesses, mais encore la pression exercée par la crainte?

Loin de là, peut-on ajouter : l'article 179 distingue très nettement la corruption de la contrainte; il s'exprime ainsi : « Quiconque aura contraint ou tenté de contraindre par voies « de fait ou menaces, corrompu ou tenté de corrompre par « promesses, offres, dons ou présents, etc..... »

La fin du texte achèverait au besoin de prouver que les rédacteurs du Code n'ont jamais entendu détourner les mots corruption et corrompre de leur vrai sens : après avoir énuméré les divers faits de corruption ou de contrainte, le même article décide que leur auteur « sera puni des mêmes peines « que la personne corrompue ». Ici encore la personne corrompue est celle qui aurait agréé les dons ou promesses : celle qui n'aurait fait que céder aux menaces n'encourrait aucune peine; mais alors, réciproquement, le Code ne permet

Digitized by Google

pas de dire que la personne qui emploie les menaces fait œuvre de corruption.

Il y a plus : dans le projet de Code on avait rédigé ainsi l'article 179 : « Quiconque aura contraint, séduit, corrompu « ou tenté de contraindre, séduire ou corrompre par me- « naces, offres, dons ou présents, etc. » (Locré, XXX, p. 123.) La commission du Corps législatif a fait observer : « qu'en « cet article le mot *menaces* devait être lié à la *contrainte* « exercée contre le fonctionnaire, et ne pas suivre le mot « *corrompu*, parce que *l'on ne corrompt pas avec des menaces.* » (Locré, XXX, p. 213.) La section du Conseil d'État exprima l'avis que ce changement devait être admis, et, en conséquence, la rédaction actuelle fut adoptée (Locré, *ibid.*).

Que vaut, après cela, l'argument tiré de l'intitulé du paragraphe? N'est-il pas manifeste que la rubrique est incomplète, et qu'elle n'a nullement sanctionné une impropriété de langage contre laquelle les rédacteurs eux-mêmes ont protesté?

La valeur du mot corruption, si bien définie dans le Code, sera-t-elle différente dans la loi de 1875 qui renvoie au Code? On semble d'autant plus fondé à le nier qu'on ne prêterait cette faute de langue aux auteurs de la loi que pour parvenir à une interprétation extensive.

Si maintenant on examine les conséquences auxquelles conduit la jurisprudence de la Cour de cassation, on constate qu'elle crée dans nos lois une étrange anomalie.

Une règle constante de notre droit pénal est que la tentative doit être punie de la même peine que le délit. Beaucoup de jurisconsultes regardent, et non sans raison, cette assimilation comme excessive; la plupart des législations étrangères appliquent au délit manqué une peine moindre qu'au crime consommé, et il est aisé de justifier leur solution. Mais jamais on ne s'est avisé de proposer une peine plus forte pour la tentative que pour le délit lui-même; rien ne serait plus déraisonnable.

Et pourtant, lorsqu'on applique l'article 19 à la tentative de contrainte, on est inévitablement amené à ce résultat.

En effet, les peines qu'il prononce sont les suivantes : un emprisonnement de trois mois à deux ans et une amende de

Digitized by Google

50 francs à 500 francs, avec faculté d'infliger ces deux peines ensemble ou séparément.

Le délit consommé de contrainte est resté sous l'empire du décret du 2 février 1852 (art. 39), qui édicte un emprisonnement d'un mois à un an et une amende de 100 à 1,000 francs.

Il est facile de comparer : l'auteur d'une tentative peut subir *deux ans* de prison et une amende de 500 francs; s'il avait consommé le délit, il encourrait, au *maximum*, 1,000 francs d'amende et *un an* de prison.

Que l'on restreigne, au contraire, l'article 19 de la loi du 2 août 1875 à la tentative de corruption proprement dite, l'anomalie disparaît; le taux de l'emprisonnement est le même pour la tentative que pour le délit de corruption, et celui de l'amende est moindre (art. 38, décret du 2 février 1852, et art. 19, L. 2 août 1875, combinés).

Faut-il justifier l'immunité que l'on accorde ainsi à la tentative de contrainte, tandis que l'on punit la tentative de corruption? Deux considérations se présentent à l'esprit.

D'abord la corruption est plus grave que la contrainte. Elle altère plus profondément l'esprit public, car elle fait appel à des sentiments plus vils. Son succès est plus assuré : contre la contrainte l'électeur est protégé par le secret du vote; les menaces dont il a été l'objet produiront souvent en lui un sentiment de révolte, et il y répondra par un vote contraire à celui qu'on aura voulu lui imposer; une fois qu'il s'est laissé aller aux suggestions du corrupteur, il lui appartient tout entier.

Ensuite, rien n'est plus difficile à caractériser qu'une tentative de contrainte. La passion politique aidant, on pourrait incriminer toutes les démarches faites auprès d'un électeur par quiconque aurait autorité sur lui. L'exercice le plus loyal de l'influence due au rang, à la position, à la fortune, pourrait être représenté comme un abus de pouvoir. Les chefs et les guides naturels du suffrage populaire seraient tenus à l'écart et réduits à l'impuissance par la crainte de s'exposer à des poursuites correctionnelles.

Voilà les raisons de douter que suggère le système de la Cour de cassation, nous n'en avons pas atténué la gravité : il nous semble pourtant qu'elles ne sont pas décisives.

Digitized by Google

Assurément l'interprétation extensive doit être bannie du droit pénal; mais assurément aussi l'interprétation n'a pas ce caractère lorsqu'elle ne fait que dégager à travers les imperfections du langage la volonté du législateur : or la volonté du législateur de 1875 ne saurait être douteuse, si l'on réfléchit que refuser de comprendre la tentative de contrainte dans l'article 19, c'est enlever à ce texte toute utilité et ne lui laisser aucun sens.

On se rappelle que la tentative de contrainte proprement dite était déjà réprimée par le décret du 2 février 1852 (art. 38). Si l'article 19 ne visait que cette tentative, il n'aurait eu pour but que d'en modifier la peine dans des proportions insignifiantes, en réduisant le maximum de l'amende de 2,000 à 500 francs, et en permettant de prononcer l'amende ou l'emprisonnement séparément. Encore faut-il observer que déjà le juge avait la faculté, en vertu de l'article 463 du Code pénal, de substituer l'amende à l'emprisonnement. L'innovation se bornerait donc, si l'on va au fond des choses, à l'abaissement du maximum de l'amende que le juge ne pourrait plus élever au-dessus de 1,000 francs. Il est clair que le législateur n'a pas eu l'idée d'édicter une disposition spéciale pour opérer un changement aussi minime, et cela au milieu d'une crise où l'on ne s'embarrassait guère de semblables détails.

Tout au contraire : les travaux préparatoires, bien que leurs indications soient très brèves, montrent clairement que l'Assemblée a eu le dessein arrêté de créer une nouvelle incrimination et de combler une lacune du décret de 1852. « L'article 19, dit le rapport de M. Christophle [1], punit (et « c'est là une innovation qu'il convient de signaler) la tenta- « tive de corruption pratiquée sur un ou plusieurs électeurs « pour influencer le vote ou obtenir l'abstention. »

Or, l'innovation n'existe que si l'on fait tomber sous le coup de l'article la tentative de contrainte.

Il est vrai que, pour en arriver là, il faut donner aux termes dont s'est servie la loi de 1875 une portée insolite.

Mais l'incorrection s'explique par la référence au Code

[1] *Journal officiel* du 5 juillet 1875.

Digitized by Google

pénal. Les rédacteurs du Code ont distingué la corruption de la contrainte, quand ils ont rédigé l'article 179; il n'en est pas moins vrai qu'ils les ont confondues ou qu'ils ont paru les confondre dans l'intitulé du paragraphe. Quoi de plus naturel dès lors qu'une loi rédigée à la hâte, sous la pression des circonstances, ait employé la même formule abrégée pour désigner ces deux faits différents en eux-mêmes, mais semblables dans leurs effets?

Le législateur a eu soin d'ailleurs d'insister sur l'extension que recevait dans sa pensée le mot de corruption. Il ne se borne pas à dire : « La tentative de corruption... »; il dit : » *Toute* tentative de corruption *par l'emploi des moyens énoncés dans les articles* 177 *et suivants du Code pénal...* » C'est bien montrer qu'il entend punir sans exception l'emploi des moyens prévus par ces textes : or, ces textes placent sur la même ligne la corruption par dons et promesses et la contrainte par voies de fait et menaces : les deux sortes d'influences coupables sont frappées également. Le renvoi fait par la loi du 2 août 1875 à tous les articles du paragraphe ne permet pas de douter qu'elle ne les prenne avec toute leur portée, et « qu'elle n'ait eu pour but d'étendre « au vote « de l'électeur les garanties qu'ils ont établies pour l'exercice « des fonctions publiques [1] ».

Les incidents du vote de la loi du 30 novembre paraissent confirmer cette manière de voir. Dans les deux premières délibérations, il n'avait pas été question d'étendre aux élections de députés la disposition de l'article 19 (L. du 2 août 1875). Lors de la troisième délibération (séance du 25 novembre 1875), M. Marcel Barthe venait de proposer un amendement prohibant toute candidature officielle : l'amendement avait été rejeté à une majorité de quelques voix : c'est aussitôt après que fut votée la disposition additionnelle à l'article 2 déposée par M. Humbert, aux termes de laquelle l'article 19 de la loi du 2 août était déclaré applicable aux élections de députés. Il est permis de penser que dans l'opinion de la Chambre ce texte devait atteindre tout ce qui est vraiment délictueux dans l'action gouvernementale en matière d'élections, c'est-à-dire non seulement les promesses

[1] Arrêt de rejet du 7 décembre 1878.

Digitized by Google

d'argent, de routes, de chemins de fer, etc., mais encore les abus d'autorité.

Reste l'argument tiré de la comparaison entre la peine appliquée à la tentative de contrainte par l'article 19, et la peine moins rigoureuse appliquée au délit consommé par l'article 39 du décret de 1852. On ne niera pas la bizarrerie du résultat; mais elle n'est pas une raison suffisante pour rejeter le système qui y conduit, alors qu'il s'agit d'une loi votée avec précipitation, et où ces dispositions pénales ne jouent qu'un rôle très secondaire.

Quant aux dangers que produirait une extension indiscrète des poursuites pour tentative de contrainte, il ne faut pas se les dissimuler; mais ils existent ordinairement dans les matières politiques. Et mieux vaut en somme assurer, même à ce prix, la sincérité du suffrage, protéger l'inférieur contre le supérieur, l'ouvrier contre son patron, le citoyen contre le fonctionnaire, que de rendre presque impossible la répression des abus de pouvoir en exigeant, comme le faisait le décret de 1852, la preuve que la contrainte a déterminé le vote ou l'abstention. La jurisprudence de la Chambre criminelle qui s'est établie à propos de faits d'un caractère purement privé va bien au dela de l'espèce soumise à la Cour. Si le pays devait cesser d'avoir un gouvernement respectueux de la liberté électorale, elle permettrait d'espérer la répression des abus les plus coupables qui puissent accompagner la candidature officielle. PAUL LOMBARD.

QUESTIONS RELATIVES A L'APPEL COMME D'ABUS,

Par M. BREGEAULT, avocat à la Cour d'appel,
attaché de première classe au ministère de la justice.

De récents événements ont attiré l'attention publique sur des questions d'une nature éminemment délicate et qui ont eu, depuis quelque temps, le privilège de passionner l'opinion : nous voulons parler des rapports entre les autorités civiles et les ministres du culte, et de la situation de ces derniers vis-à-vis du Code pénal. Nous n'avons certes pas ici l'intention de prendre parti dans les débats irritants qui

Digitized by Google

touchent à la politique ou à la religion; c'est là un terrain de discussion qui ne conviendrait ni au caractère de cette revue, ni au nôtre.

Mais, au point de vue des principes de notre droit public, d'une part, et de notre droit civil et pénal de l'autre, il nous paraît intéressant et opportun d'examiner certaines controverses qui se sont représentées dans ces derniers temps devant les tribunaux, et qui ont été tranchées par eux contrairement à ce que nous croyons être la véritable solution.

Un ecclésiastique est poursuivi directement devant un tribunal de l'ordre judiciaire à raison d'un acte qu'il a commis dans l'exercice de son ministère et qui a préjudicié à un particulier; il objecte qu'en vertu de l'article 8 de la loi organique du 18 germinal an X, il ne peut être jugé qu'après une déclaration d'abus émanant du Conseil d'État : le tribunal saisi doit-il accueillir cette exception et surseoir à statuer jusqu'à la décision de la juridiction administrative?

Un citoyen est poursuivi pour contravention à un arrêté municipal; il prétend que cet arrêté constitue une atteinte au libre exercice du culte catholique, et, par conséquent, un abus aux termes de l'article 7 de la loi de germinal : le tribunal doit-il surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'État ait décidé s'il y a eu ou non abus dans l'arrêté du maire?

Telles sont les deux questions que nous nous proposons d'examiner.

I

La première s'est posée en 1875 devant le tribunal des conflits, qui ne l'a pas résolue dans son jugement; mais elle l'a été, dans le sens de la négative, par M. le commissaire du gouvernement Reverchon, qui, dans ses conclusions, a donné un remarquable résumé de la controverse[1].

Plus récemment, le tribunal de première instance de Loudéac a eu à se prononcer dans les circonstances suivantes. M. l'abbé G., au cours d'un sermon qu'il prononçait dans l'église d'une commune de Bretagne avait laissé échapper ces paroles : « Prions pour trois insensés qui ont, dans le

[1] Tribunal des conflits, 1er mars 1875, Sirey, 1875, II, 153,

Digitized by Google

« courant de la journée, causé du scandale dans cette com-
« mune ! » L'un des trois individus ainsi désignés se prétendit lésé dans son honneur par l'exclamation de l'abbé G., et le cita devant le juge de paix du canton en payement de dommages-intérêts pour le préjudice à lui causé.

Le défendeur objecta le défaut de recours préalable au Conseil d'État. Cette exception fut repoussée par le juge de paix, qui répondit que les ecclésiastiques étant des fonctionnaires publics, rentraient dans la généralité des termes du décret du 19 septembre 1870, et pouvaient, par conséquent, être poursuivis désormais sans autorisation préalable.

Appel de ce jugement fut interjeté par l'abbé G. devant le tribunal de Loudéac. Ce tribunal réforma, le 4 mai 1877, la décision du juge de paix, en se fondant notamment sur les motifs suivants :

« Que l'on ne doit pas entendre par fonctionnaire public
« toute personne qui reçoit, à titre quelconque, un salaire
« ou une indemnité, et que les agents du gouvernement sont
« ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agis-
« sent directement en son nom, sous sa direction, et font
« partie de la puissance publique;

« Que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, abrogé
« par le décret du 19 septembre 1870, visait exclusivement
« les agents du gouvernement, et, si la seconde disposition
« de ce décret a trait par extension aux fonctionnaires pu-
« blics de tout ordre, elle ne vise que les personnes qui, dans
« leurs rapports avec l'État, sont sous sa dépendance, en
« reçoivent des ordres ou des instructions qu'elles sont
« tenues d'exécuter, celles, en un mot, qui ont un caractère
« public;

« Que tel n'est pas le cas des ministres du culte, qui ne
« tiennent aucune mission de la loi, qui ne sont dépositaires
« d'aucune portion d'autorité civile;

« Que, si le décret de 1870 avait eu pour but d'abroger la
« loi du 18 germinal an X, il n'eût pas manqué de le déclarer
« expressément, à raison même de l'importance des dispo-
« sitions qu'il renferme. »

Le tribunal en concluait que l'exception tirée des articles 6 et 8 de la loi de germinal n'eût pas dû être repoussée par le magistrat cantonal, et, par conséquent adoptait im-

Digitized by Google

plicitement la solution affirmative sur la première question que nous avons posée.

Ce jugement a été reproduit dans la *France judiciaire* [1], avec une intéressante note empruntée au *Bulletin de la Cour de Rennes*, et approuvant pleinement la théorie des magistrats de Loudéac. Nous ne pouvons, quant à nous, en faire autant; nous estimons, au contraire, que la poursuite était recevable et qu'il n'y avait nullement lieu de surseoir.

Nous ne voulons pas suivre l'arrêtiste de Rennes sur le terrain où il se transporte à la fin de ses observations, quand il parle « d'attaques passionnées », dont aujourd'hui « le « clergé, la magistrature et l'armée ont particulièrement « l'honneur, » et quand il ajoute que : « maintenir au-dessus « de toute atteinte leurs légitimes prérogatives, c'est pro- « téger la société elle-même. »

Nous l'avons dit, c'est en droit seulement que nous voulons examiner la question. Or, en droit, voici comment elle se pose.

§ 1er.

De deux choses l'une : ou les ministres du culte doivent être considérés comme des fonctionnaires publics, aux termes de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, et aussi, par conséquent, du décret abrogatif de 1870; — ou bien, au contraire, la qualité de fonctionnaires publics ne leur saurait être accordée, et leur seule garantie se trouve dans la loi du 18 germinal an X.

Dans le premier cas, le système que nous proposons ne souffre pas de difficultés. Le décret de 1870 ayant abrogé la garantie constitutionnelle, et dispensé de l'autorisation préalable du Conseil d'État, rien ne s'oppose à la poursuite directe des ministres du culte devant les tribunaux compétents. Ainsi M. Ducrocq [2] décide, que le § 2 de l'article 1 du décret de 1870 s'applique aux ministres du culte. Il s'appuie, pour motiver sa décision, sur les expressions larges de ce texte et sur l'intention libérale de ses rédacteurs. Il en conclut qu'aujourd'hui la poursuite directe peut avoir lieu contre les

[1] Numéro du 1er mai 1879, p. 421.
[2] *Cours de droit administratif*, 5e édition, t. 1er, n° 727.

Digitized by Google

ecclésiastiques à raison de faits délictueux commis dans l'exercice de leur ministère.

Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi, et nous croyons au contraire, avec M. Batbie [1], que les ministres du culte n'étant pas des agents du pouvoir exécutif, n'exerçant aucune portion de la puissance publique, ne sauraient être considérés comme des fonctionnaires publics.

Par conséquent, nous acceptons le raisonnement des juges de Loudéac, et nous nous plaçons dans la seconde hypothèse. Eh bien! dans cette hypothèse même, nous soutenons que la poursuite directe peut avoir lieu. A notre avis, le décret de 1870 n'a exercé aucune influence sur la question et, après comme avant ce décret, la solution en est demeurée la même.

§ 2.

Les actes commis par un ecclésiastique dans l'exercice du culte et prévus par l'article 6 de la loi de germinal, sont de deux sortes. Les uns ne tombent sous l'application d'aucune loi pénale, et constituent purement et simplement un abus. Dans ce cas, le seul recours possible, c'est le recours au Conseil d'État; la seule sanction, c'est le décret du président de la République déclarant l'abus, et la publicité de ce décret. C'est ainsi qu'il vient d'être procédé dans une affaire que personne n'a oubliée [2].

Mais il se peut aussi que les actes commis par le prêtre constituent à la fois un abus et une infraction à la loi pénale ou une atteinte aux droits des citoyens et une violation de leurs intérêts, c'est-à-dire un délit criminel ou civil.

C'est dans ce cas que se pose notre question : le tribunal correctionnel (ou la Cour d'assises) saisi d'une poursuite contre un ecclésiastique, est-il obligé de surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'État ait déclaré qu'il y avait abus, et renvoyé cet ecclésiastique devant un tribunal compétent?

Trois systèmes différents ont été émis sur cette question.

[1] *Traité de droit public et administratif*, t. II, p. 190 et suiv.
[2] Voir le *Journal officiel* du 17 mai 1879.

Digitized by Google

Dans le premier, soutenu par certains auteurs[1] et adopté par la jurisprudence du Conseil d'État, on décide que les ministres du culte sont protégés d'une façon absolue par la loi de germinal, et que ni l'action publique, ni l'action privée, ne peuvent être intentées sans recours préalable au Conseil d'État.

Le second système, sur lequel s'est fixée la jurisprudence de la Cour de cassation, fait une distinction : le recours pour abus, qui est un préliminaire indispensable de l'action privée, ne peut entraver l'action du ministère public.

Enfin, le troisième système, absolu comme le premier, déclare que les deux actions sont pleinement indépendantes de l'appel comme d'abus. Ce dernier système, adopté par plusieurs Cours d'appel, et soutenu par des jurisconsultes autorisés[2], est celui que nous préférons.

§ 3.

Il importe d'abord d'examiner la distinction introduite par la Cour de cassation, et de voir si elle est fondée.

C'est dans un arrêt rendu en 1861 que cette théorie se trouve développée de la façon la plus nette et la plus complète. Mais elle avait été posée antérieurement et a été confirmée depuis par plusieurs arrêts[3].

Le tribunal de Livray avait condamné l'abbé L., comme s'étant rendu coupable, dans un sermon relatif à un mandement de l'évêque de Poitiers (lequel fit d'ailleurs l'objet d'une déclaration d'abus), des délits d'offense envers la personne de l'Empereur, de censure des actes du gouvernement, et d'excitation à la haine et au mépris du gouvernement.

Sur l'appel interjeté par l'abbé L., qui opposa le défaut d'autorisation préalable du Conseil d'État, la Cour de Poitiers rendit un arrêt confirmatif, dans lequel elle soutint que les articles 6 et 8 de la loi de germinal avaient été faits pour les cas de simples abus et non pour ceux de délits de droit commun.

[1] Voir Mangin, *Traité de l'action publique*, t. II, n° 255.

[2] Voir notamment Batbie, *op. cit.*, et F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e édition, t. II, n° 917.

[3] Voir Cass. 8 mai 1869, Sirey, 1869, I, 434.

Digitized by Google

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation, et, dans son arrêt du 10 août 1861 [1], la Cour établit d'abord l'indépendance de l'action du ministère public.

« Attendu, dit-elle, qu'aucune des dispositions des arti-
« cles 6, 7 et 8 du décret organique ne porte que les eccléé-
« siastiques ne pourront jamais être traduits, pour des crimes
« ou délits relatifs à leurs fonctions, devant les tribunaux
« ordinaires de répression sans avoir été préalablement dé-
« férés au Conseil d'État;

« Qu'on objecterait vainement qu'il suffit que l'abus soit
« contenu dans le délit pour que le fait doive être soumis à
« la juridiction chargée de déclarer les abus;

« Qu'il est contraire à tous les principes que lorsqu'un
« fait constitue tout à la fois un manquement disciplinaire et
« un délit, le tribunal disciplinaire doive connaître du fait
« préalablement et préférablement au tribunal chargé de
« réprimer le délit;

« Qu'il faudrait une disposition spéciale et formelle qui,
« par dérogation au droit commun, imposât ce recours
« préalable même en cas de délit ou de crime; que cette
« disposition n'existe pas. »

Jusqu'ici nous comprenons parfaitement le raisonnement de la Cour de cassation, et nous le trouvons inébranlable. Il n'en est plus de même quand les rédacteurs de l'arrêt viennent à parler de l'action civile et s'expriment de la façon suivante :

« Attendu, il est vrai, qu'en énumérant dans l'article 6
« tous les cas d'abus, le législateur y a expressément rangé
« toute entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte,
« peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbi-
« trairement leur conscience, dégénérer contre eux en op-
« pression ou en injure ou en scandale public;

« Qu'une telle disposition, protectrice de l'honneur et de
« la considération de la vie privée, a pour effet d'atteindre
« même le délit de diffamation lorsque, se confondant avec
« l'acte de la fonction ecclésiastique, la diffamation vient à
« se produire en chaire et demeure inséparable de l'abus
« proprement dit; que, dans les cas de cette nature, il

[1] D. P., 1861, I, 348.

Digitized by Google

« appartient à la sagesse du législateur de mettre une bar-
« rière au-devant de l'action privée et de la soumettre,
« préalablement à la poursuite devant les tribunaux répres-
« sifs, à l'examen et à l'appréciation du Conseil d'État ;

« Que cette restriction est la seule qui ressorte des ar-
« ticles 6 et 8 de la loi; qu'elle ne concerne que la plainte
« des particuliers ; que le ministère public en demeure af-
« franchi..... »

Il nous semble que les considérations invoquées par la Cour suprême dans cette seconde partie de l'arrêt ne sont plus des arguments de droit, mais seulement des raisons de législation. Nous ne voulons pas d'ailleurs les apprécier à ce point de vue et examiner s'il est bon, s'il est équitable qu'un particulier lésé par un ministre du culte soit privé du recours régulier et direct devant les tribunaux de droit commun et de la garantie de l'article 1382 du Code civil. Mais, ce que nous critiquons dans l'arrêt, c'est cette substitution de considérations législatives à des considérations juridiques ; c'est cette correction de la loi qui est par ce que la loi devrait être aux yeux des magistrats de la Cour suprême.

Pour que l'action du ministère public fût entravée, il faudrait, disent-ils, une disposition spéciale et formelle qui, par dérogation au droit commun, imposât un recours préalable au Conseil d'État en cas de délit, et cette disposition n'existe pas ! — Mais existe-t-elle donc davantage quand il s'agit de l'action privée ?

Aucun des textes spéciaux à notre matière n'établit cette distinction. L'article 8 de la loi organique de germinal dit seulement que le recours pour abus devant le Conseil d'État sera ouvert à toute personne intéressée, c'est-à-dire à la partie lésée comme au ministère public. En résulte-t-il que le recours de droit commun devant les tribunaux ordinaires lui soit fermé, alors qu'on le reconnaît ouvert au ministère public ?

M. Faustin Hélie le fait remarquer avec beaucoup de raison : comment se peut-il qu'à raison du même fait, on reconnaisse le libre exercice de l'action publique, et l'on conteste celui de l'action privée ? Ces deux actions ne sont-elles pas simultanées, ne s'exercent-elles pas d'une façon égale, parallèle ?

Digitized by Google

Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les articles 3 et 182 du Code d'instruction criminelle. On ne trouvera aucun texte de ce Code qui permette aux magistrats de déclarer l'action de la partie civile en réparation du préjudice causé non recevable, alors que l'action du ministère public est admise.

Dira-t-on que l'action privée, à la différence de l'action publique peut être entravée, en dehors des dispositions de la loi, par certaines considérations tirées de l'intérêt général, de la nécessité de maintenir l'harmonie entre la société civile et la société religieuse; qu'il est dangereux de permettre à un citoyen de traduire directement un ecclésiastique devant un tribunal de répression? Mais encore une fois, ce sont là des arguments de législation, qui ne peuvent prévaloir contre des textes; nous ne voyons pas comment peut se justifier, au point de vue de la loi écrite, la distinction imaginée par la Cour de cassation; et nous ne pouvons concevoir que les deux systèmes absolus, celui qui exige pour toute poursuite l'autorisation du Conseil d'État, et celui qui admet la liberté absolue des poursuites.

§ 4.

Il nous reste à réfuter le premier de ces deux systèmes.

Il importe d'abord de se bien fixer sur la nature de la décision que rend le Conseil d'État auquel est déféré un acte entaché d'abus. C'est faire une véritable confusion que d'assimiler la déclaration d'abus à l'autorisation de poursuites de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. La juridiction est la même, mais c'est le seul point de ressemblance entre les deux cas, et le caractère même de la décision que rend le Conseil d'État est absolument différent dans l'une et l'autre hypothèse. Lorsqu'il s'agissait de poursuivre un fonctionnaire sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, et que l'on s'adressait au Conseil d'État pour obtenir son autorisation, ce dernier ne statuait pas comme juge, il n'appréciait pas les faits, il se bornait à accorder ou à refuser l'autorisation de poursuivre; il ne rendait pas une décision judiciaire, il prenait une mesure administrative; en un mot, il jouait le rôle que joue encore aujourd'hui la Chambre des députés quand elle autorise les poursuites contre un de ses membres. Il en est tout autrement lorsqu'un fait est l'objet

Digitized by Google

d'un recours pour abus. Alors, le Conseil d'État fait véritablement acte de juridiction; il apprécie les circonstances du fait qui lui est déféré et prononce en connaissance de cause la déclaration d'abus qui est, par elle seule, une véritable pénalité, mais une pénalité disciplinaire.

Il faut donc bien se garder de raisonner ici par analogie et de tirer de la garantie constitutionnelle de l'article 75 un argument que l'on transporte dans la matière de l'appel comme d'abus. Il ne faut pas, comme le fait remarquer M. Faustin Hélie, « après avoir déclaré que l'article 75 de la « loi du 22 frimaire an XIII ne s'appliquait pas aux minis- « tres du culte, le faire revivre par une interprétation dé- « tournée dans l'article 6 de la loi du 18 germinal an X. »

Nous venons de qualifier la déclaration d'abus de *peine disciplinaire ;* or, d'après la Cour de cassation elle-même, qui s'exprime formellement à cet égard dans l'arrêt que nous avons cité, lorsqu'un fait constitue à la fois un manquement disciplinaire et un délit, il est de principe que la poursuite disciplinaire n'est pas une entrave ni une cause de sursis à la poursuite du délit.

On objecterait en vain que l'assimilation du Conseil d'État à une juridiction disciplinaire est erronée, et que sa mission est plus haute. Il est certain que la déclaration d'abus est une pénalité, et non moins certain que ce n'est pas une pénalité de droit commun : ce ne peut donc être qu'une pénalité disciplinaire, et nous ne voyons pas en quoi cette attribution donnée au Conseil d'État de maintenir les ministres du culte dans leurs devoirs au regard de l'État, en même temps qu'il assure leurs droits, peut paraître exorbitante.

Cela posé, ne faut-il pas admettre que la poursuite correctionnelle ou criminelle ne peut pas plus être entravée ici par le recours au Conseil d'État, que ne saurait l'être l'instance dirigée contre un magistrat coupable d'un délit, par la poursuite disciplinaire dont il serait passible [1] ?

§ 5.

On fait au système que nous défendons plusieurs objections historiques.

[1] Voir les articles 479, 483 et suiv. du Code d'instruction criminelle, 4 et 5 du décret du 1er mars 1852.

Digitized by Google

La première est tirée des travaux préparatoires de l'article 204 du Code pénal. Lors de la discussion de cet article au Conseil d'État, un membre avait proposé de faire juger le prêtre qui se serait rendu coupable du crime prévu par cet article par une section du Conseil d'État. — C'est inutile, répondit Cambacérès, puisque l'affaire doit venir nécessairement devant le Conseil d'État, qui autorise la mise en jugement. — On en conclut que, dans l'esprit des rédacteurs du Code pénal, le recours au Conseil d'État était un préalable nécessaire de toute poursuite contre un ecclésiastique. — Il a été répondu qu'une confusion paraît s'être faite dans l'esprit de Cambacérès entre la garantie constitutionnelle de l'article 75 et les dispositions de l'article 8 de la loi de germinal, et que d'ailleurs ce n'est pas sur une opinion isolée que l'on peut baser un système certain.

En second lieu, on invoque un décret du 23 janvier 1811 qui, à l'occasion d'un bref pontifical contraire aux lois, déclare que ses introducteurs en France seront poursuivis conformément à l'article 91 du Code pénal. Or, dit-on, si l'action publique avait pu s'exercer sans entraves contre les ministres du culte, cette disposition eût été inutile. Mais on répond : que ce décret s'applique tout aussi bien aux laïques qu'aux ecclésiastiques; que, s'il énonce l'article 91 du Code pénal, c'est précisément pour étendre l'application de cet article au cas nouveau qu'il prévoit; et que d'ailleurs, s'il eût voulu apporter une dérogation à la prétendue règle posée dans les articles 6 et 8 de la loi de germinal, il aurait au moins fait mention de cette règle.

On ajoute qu'il faut aussi tenir compte de l'influence exercée par le Premier Consul sur la rédaction des articles organiques et du but qu'il poursuivait dès cette époque. Bonaparte, restaurant le pouvoir absolu, rétablissait la religion comme moyen de gouvernement; il était naturel qu'au lieu de laisser les tribunaux judiciaires s'immiscer dans les questions délicates relatives aux cultes et les résoudre avec une certaine indépendance, il préférât centraliser les affaires de cette nature et en confier la décision à une juridiction unique et dépendante. La réponse à cet argument se trouve dans un texte : par un décret du 25 mars 1813 (lequel n'eut d'ailleurs qu'un effet passager), l'Empereur attribua aux Cours d'appel la connaissance des recours pour abus.

Digitized by Google

Au reste, nous ne voulons pas insister sur ces arguments; le lecteur les trouvera développés de la façon la plus complète dans les ouvrages de MM. Mangin et Faustin Hélie. Aussi bien, ces objections historiques, pas plus que les objections théoriques, nous paraissent-elles de nature à ébranler le système que nous défendons, et nous sommes persuadé qu'il faut s'en tenir aux considérations éminemment juridiques de la Cour de cassation quand elle établit si énergiquement l'indépendance de l'action du ministère public. Seulement, nous allons plus loin qu'elle; nous prétendons que ces arguments sont applicables, avec la même justesse, à l'action de la partie privée; nous soutenons qu'un particulier qui a été diffamé en chaire par un prêtre (pour prendre l'exemple le plus fréquent), peut directement, sans passer par les lènteurs d'un recours au Conseil d'État et sans courir la chance de se voir débouté de sa demande par la juridiction administrative, s'adresser à ses juges naturels, au tribunal de police correctionnelle ou au tribunal civil, et réclamer devant eux la réparation qu'il se trouve en droit d'obtenir [1].

II

Nous venons de parler d'abus commis par des ministres du culte. Mais on sait que le recours pour abus est réciproque. En effet, l'article 7 de la loi de germinal est ainsi conçu : « Il y aura pareillement recours au Conseil d'État s'il « est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté « que les lois et les règlements garantissent à ses ministres. » Nous allons étudier maintenant le cas où l'abus résulterait de l'acte d'un fonctionnaire civil.

La Cour de cassation [2] a posé ce principe que lorsqu'un individu poursuivi en raison d'une contravention à un arrêté

[1] M. Saint-Martin, député, vient de déposer à la Chambre une proposition de loi relative aux poursuites contre les fonctionnaires et les ministres des cultes, dont l'article 3, s'il était adopté, trancherait la question que nous venons de discuter dans le sens que nous avons soutenu. Cet article est ainsi conçu : « Les tribunaux judiciaires connaissent, dans les termes « du droit commun, sans autorisation ni formalités préalables, de l'action « publique et de l'action civile dérivant de faits commis par les ministres « des cultes dans l'exercice et hors l'exercice de leur ministère. »

[2] Voir notamment les arrêts du 27 septembre 1835 (*J. du P.*, t. XXVII, p. 636) et du 25 juin 1863 (D. P., 1863, I, 321).

Digitized by Google

municipal prétend que cet arrêté constitue un abus aux termes de l'article 7 de la loi de germinal, le juge saisi doit surseoir jusqu'à la décision du Conseil d'État sur l'abus.

Un arrêt assez récent a confirmé cette jurisprudence. Voici dans quelles circonstances il est intervenu.

Le maire d'une commune du département du Var avait pris, en 1853, un arrêté aux termes duquel, en raison de certains désordres qu'avait suscités dans le village la rivalité de deux sociétés de musique, il interdisait à tout musicien de se faire entendre sur la voie publique sans une autorisation spéciale. Une procession ayant eu lieu le 15 août 1878, dans les rues de cette commune, plusieurs individus l'accompagnèrent en jouant de divers instruments sans autorisation de la municipalité. L'un d'eux fut traduit devant le tribunal de simple police pour contravention à l'arrêté de 1853.

Il fit valoir, comme moyen de défense, qu'il avait été convoqué par le curé, aux instructions duquel il n'avait fait que se conformer; que la loi de germinal an X avait attribué aux curés le droit de régler les cérémonies religieuses dans leur paroisse; que l'application de l'arrêté municipal aux processions constituerait une atteinte à l'exercice du culte catholique dans un de ses actes autorisés par la loi, ainsi qu'à la liberté garantie aux ministres de ce culte, et par conséquent un abus aux termes de l'article 7 de la loi de germinal. Nonobstant cette défense, le tribunal de simple police déclara le prévenu coupable d'avoir contrevenu à un arrêté de police légalement pris et le condamna en 1 franc d'amende par application de l'article 471, § 15 du Code pénal.

Le musicien se pourvut en cassation, et la Cour suprême rendit, à la date du 5 décembre 1878, un arrêt par lequel elle cassait le jugement de simple police qui lui était déféré.

« Attendu que la question soulevée par le prévenu était « une question d'abus dans le sens de l'article 7 de la loi du « 18 germinal an X; qu'aux termes de cet article combiné « avec les articles 6 et 8 de la même loi, le Conseil d'État « était seul compétent pour en connaître; qu'il devait être « sursis au jugement du fond jusqu'à ce qu'il l'eût résolue;

« Qu'en s'attribuant la connaissance de la cause et en con- « damnant l'inculpé à l'amende, le tribunal de police avait

Digitized by Google

« excédé ses pouvoirs et violé les articles de loi susvisés. »

La Cour ajoutait qu'en l'état, *il n'y avait lieu de prononcer aucun renvoi.*

Cet arrêt, reproduit dans les recueils de jurisprudence[1], a été diversement apprécié. Nous pensons qu'il consacre une théorie peu juridique et qu'il entraîne à des conséquences inadmissibles.

§ 1er.

Voyons d'abord si, en droit, la théorie de la Cour de cassation est fondée.

L'argument qu'elle fait valoir est simple et court. Le prévenu avait soulevé une question d'abus, que le Conseil d'État était seul compétent pour résoudre; donc, le tribunal de police devait surseoir jusqu'à ce que cette question fût tranchée.

Nous trouvons cette théorie plus développée dans la note insérée au recueil de M. Dalloz. Le droit pour les curés d'organiser la composition des processions extérieures fait partie du libre exercice du culte garanti par la loi de germinal; par suite, l'arrêté municipal qui défend de faire de la musique dans les rues ne peut être considéré comme légal en tant qu'il s'applique au cortège de la procession, puisque, ainsi appliqué, il constituerait une entrave au libre exercice du culte. Mais le tribunal de police ne peut statuer sur la légalité de cet arrêté, car si, en principe, il est juge de la légalité des arrêtés municipaux aux termes de l'article 471, § 15 du Code pénal, il se trouve ici en présence d'une question d'abus, réservée exclusivement à la juridiction du Conseil d'État. Il vaut donc mieux dépouiller le tribunal de police de ses attributions ordinaires que de le laisser empiéter sur la juridiction du Conseil d'État et d'introduire ainsi une confusion de pouvoirs. En résumé, une seule solution est possible, le sursis jusqu'à la décision du Conseil d'État.

Il y a beaucoup à répondre à cette argumentation.

Il peut paraître tout d'abord étrange, étant donnés les faits

[1] Voir Dalloz, 1879, 4e cahier, I, 185 et la note; et Sirey, 1879, 4e cahier, I, 185. — Voir surtout dans ce dernier recueil l'intéressante note de M. Villey, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen.

Digitized by Google

de l'espèce soumise à la Cour suprême, de soutenir qu'il y avait abus dans l'arrêté du maire interdisant la musique non autorisée dans les rues de la commune. Ce fonctionnaire, agissant dans la plénitude des droits que lui conférait l'article 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790, et dans le but de pourvoir à la tranquillité publique, avait pris un arrêté général dans lequel il n'était nullement fait mention des processions. C'était là une mesure de police, légale et légitime, et qui certainement n'était pas par elle-même entachée d'abus.

Survient la procession en musique, puis la poursuite contre le musicien. C'est alors, dit-on, que la question d'abus se soulève, car l'arrêté du maire constitue un abus aussitôt qu'il est appliqué aux processions. Nous voulons bien qu'il en soit ainsi : mais comment et quand cette application aura-t-elle lieu? On ne soutiendra pas que la poursuite du ministère public fasse une application suffisante de l'arrêté ; il est certain que cette poursuite ne peut pas elle-même trancher la question de savoir si l'arrêté est ou non applicable aux processions; le jugement seul peut la résoudre.

Mais, dit-on, le Conseil d'État est appelé à statuer sur l'abus. Sur quel abus? Au moment où l'arrêté lui est déféré, il est général, il n'a aucun des caractères de l'empiétement sur le libre exercice du culte; aucune application spéciale n'en a été faite aux processions, et cette application ne peut résulter que d'un jugement qui n'est pas rendu, et que la Cour suprême interdit de rendre! On va donc déclarer, non un abus consommé, mais un abus futur, éventuel, qui pourra résulter d'un jugement à venir. Qui ne voit qu'il y a là une impossibilité absolue et que, le Conseil d'État ne pouvant statuer, l'affaire sera condamnée à rester indéfiniment en suspens?

On parle du principe de la séparation des pouvoirs; on fait remarquer que laisser le tribunal de police statuer implicitement sur l'abus en statuant sur la légalité de l'arrêté, c'est le laisser empiéter sur les attributions du Conseil d'État. Nous ne pensons pas que cette objection soit de nature à ébranler notre système. Il s'agit ici, en effet, d'appliquer un acte administratif : or, le pouvoir judiciaire a non seulement le droit, mais l'obligation d'appliquer les actes du pouvoir

Digitized by Google

administratif. Si l'on objecte qu'il ne s'agit pas seulement ici d'application, mais d'appréciation de la légalité d'un acte administratif, il est facile de répondre que l'article 471, § 15 du Code pénal donne précisément aux tribunaux de police le pouvoir d'apprécier la légalité des arrêtés municipaux violés par les contraventions qui leur sont déférées.

Cela est vrai en principe, dit-on, mais une raison spéciale s'oppose ici à l'appréciation par le tribunal de police de la légalité de l'arrêté, c'est qu'en statuant sur cette légalité, il statuerait en même temps sur l'abus, et empiéterait sur les droits et les attributions du Conseil d'État. Il nous semble que cet argument se retourne contre nos adversaires; car, si on dessaisit le tribunal de police pour saisir préalablement le Conseil d'État de la question d'abus, ne serons-nous pas fondé à dire que le Conseil d'État qui, en statuant sur l'abus, décide par là même de la légalité ou de l'illégalité de l'arrêté, empiète de son côté sur les droits et attributions du tribunal de police? Or, de ces deux alternatives, laquelle est préférable? On sait que dans notre droit, en principe et à moins de dérogations formelles, le juge de l'action est le juge de l'exception, et les questions préjudicielles ne doivent être admises que lorsqu'elles résultent de textes ou de principes certains. Aucun texte ici ne déroge à la règle, et nous croyons avoir prouvé qu'aucun principe ne commande la dérogation. Si donc, ce que nous ne croyons pas, il fallait sacrifier l'une des deux juridictions à l'autre, la préférence devrait rester au tribunal de police, juge de droit commun.

§ 2.

Nous avons dit que la doctrine de la Cour de cassation conduisait à des conséquences regrettables. Nous ne voulons plus parler de l'impossibilité pour le Conseil d'État de prononcer un abus à venir; nous allons plus loin, et nous disons que le Conseil d'État ne prononcera pas du tout, parce qu'il ne sera pas saisi, et que, par suite, le sursis à statuer du tribunal de police aura une durée indéfinie. En effet la Cour de cassation, tout en établissant la nécessité de recourir au Conseil d'État et de surseoir au jugement du tribunal de police, ne prononce aucun renvoi et n'impartit aucun délai

Digitized by Google

pour faire juger la question par le juridiction administrative[1]. Dans ces conditions, qui donc va se pourvoir devant le Conseil d'État pour faire déclarer l'abus? Sera-ce le ministère public? Évidemment non, puisque d'une part, demander au Conseil d'État de déclarer que l'arrêté du maire est entaché d'abus, c'est demander l'acquittement du prévenu qu'il a poursuivi, et que, d'autre part, il ne peut pas se pourvoir pour faire déclarer qu'il n'y a pas abus. Sera-ce le prévenu? Encore moins, car son intérêt évident est de laisser aller les choses et s'accomplir la prescription, plutôt que de courir le risque de voir son recours pour abus repoussé par le Conseil d'État, et une condamnation intervenir contre lui à la suite du renvoi fait par cette juridiction au tribunal de police. Le curé seul pourrait appeler comme d'abus; mais il est peu probable qu'il fût porté à le faire dans l'espèce; en tout cas ce recours est absolument hypothétique. Et d'ailleurs, si on suppose, ce qui arrive le plus souvent, que c'est le ministre du culte lui-même qui est poursuivi pour infraction à l'arrêté municipal, il ne restera plus personne pour former le recours!

En résumé, le système de la Cour de cassation aboutit à dessaisir la juridiction répressive sans en saisir une autre, à laisser une poursuite en suspens et une contravention impunie. Il est dangereux, parce qu'il permet à un inculpé de se soustraire à la poursuite et à la peine en soulevant une question d'abus qu'il se gardera bien de faire résoudre, et qui, dénuée peut-être de tout fondement, ne sera qu'un prétexte pour échapper à la condamnation qu'il aura encourue!

§ 3.

Aux deux questions que nous avons posées au début de cette étude, nous sommes donc amené à répondre d'une

[1] L'article 2 de la proposition de loi de M. Saint-Martin, après avoir disposé que les fonctionnaires de l'ordre administratif n'encourent aucune responsabilité civile lorsque l'acte a été accompli par eux dans la limite de leurs attributions, et provient d'une erreur excusable, ajoute : « Dans le « cas où cette question préjudicielle est élevée, les tribunaux doivent sur- « seoir au jugement jusqu'à ce qu'elle ait été résolue par le Conseil d'État « statuant au contentieux, et *fixer un bref délai* après lequel il sera passé « outre si le fonctionnaire n'a justifié de ses diligences. »

Digitized by Google

façon absolue, sans distinctions et sans réserves : non, il n'y a pas lieu pour le tribunal judiciaire saisi de surseoir jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué. Pas plus dans le premier cas que dans le second, il n'y a de question véritablement préjudicielle. En d'autres termes, à notre avis, l'appel comme d'abus est une instance tout à fait isolée et indépendante des actions pénales et civiles auxquelles peuvent donner lieu les actes des ministres du culte ou des particuliers. Lorsqu'un crime, un délit, une contravention ou simplement un fait préjudiciable à un intérêt privé a été commis, il faut avant tout le déférer aux tribunaux judiciaires qui doivent prononcer la peine ou ordonner la réparation pécuniaire. Puis, si d'ailleurs ce fait paraît constituer un abus, dans un sens ou dans l'autre, la haute juridiction du Conseil d'État sera appelée à statuer; elle déclarera s'il y a ou non abus; et, ce faisant, elle ne jouera d'autre rôle que celui d'une juridiction disciplinaire. JULIEN BREGEAULT.

DE QUELQUES MODIFICATIONS A APPORTER A LA LOI DU 3 MAI 1841,

Par M. Émile BENOÎT, juge au tribunal civil de Mende.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est devenue aujourd'hui une des branches les plus usuelles et les plus importantes de notre législation. Nul n'oserait sérieusement contester les immenses services que la loi de 1841, en subordonnant l'intérêt particulier à l'intérêt général, a rendus et est chaque jour appelée à rendre à la civilisation, à la prospérité et à la défense du pays, par la transformation des villes, le développement des chemins de fer et l'exécution de grands travaux d'utilité générale.

Cependant, depuis sa promulgation, la loi du 3 mai 1841, loi un peu trop laconique, abstraite et vague dans ses termes, s'est fixée au contact d'une application fréquente, et s'est incarnée dans une jurisprudence rigoureuse et explicite autant qu'étendue et juridique. En effet, sans vouloir manquer de respect au législateur, il est permis de constater que la Cour suprême a heureusement suppléé aux lacunes des lois

Digitized by Google

d'expropriation : tirant les conséquences des principes qui y sont posés, elle a pu, par un développement et une argumentation juridiques, compléter efficacement une œuvre imparfaite et instable à ses débuts.

Néanmoins, si le vrai sens des dispositions légales est maintenant fixé, grâce à la jurisprudence qui a statué sur une multitude d'espèces différentes, le temps et la pratique ont fini par mettre en relief certains côtés qui ne sont point en harmonie avec les besoins actuels et l'intérêt public. Appelé à plusieurs reprises à remplir les fonctions confiées au magistrat directeur du jury, il nous a été donné d'étudier notre loi d'expropriation au point de vue pratique, et nous avons pu nous convaincre des modifications qu'elle semble devoir comporter. Loin de nous la pensée de porter atteinte à l'institution du jury elle-même ; définitivement entrée dans nos mœurs, cette institution est chère à notre pays : il ne faut chercher dorénavant qu'à l'améliorer, à en perfectionner l'action, à combler les lacunes mises au jour par l'expérience. Nous nous proposons d'indiquer ici sommairement quelques modifications de détail à apporter à la loi, laissant aux juristes et aux législateurs le soin de les approfondir et de les réaliser.

Un premier point à examiner est celui-ci : Ne serait-il pas préférable de déterminer d'une tout autre manière la compétence territoriale du jury ?

Le conseil général dresse, dans sa session ordinaire, la liste annuelle du jury d'expropriation : l'article 29 de la loi du 3 mai 1841 exige une liste distincte par arrondissement. La loi, en choisissant comme type de juridiction la circonscription de l'arrondissement, a voulu imiter la compétence des tribunaux ordinaires. Nous voudrions voir modifier ce principe de territorialité en ce sens que, comme pour le département de la Seine, il n'y eût qu'une liste générale par département, sur laquelle liste serait choisi, sans distinction de domicile, par la cour ou le tribunal du chef-lieu judiciaire, le jury spécial d'arrondissement. En un mot, le domicile réel du juré dans le département serait substitué au domicile réel dans l'arrondissement où l'expropriation se poursuit. Nous pensons que cette formation du jury spécial d'après une seule liste générale de département aurait pour

Digitized by Google

effet d'écarter les camaraderies de clochers qui dégénèrent trop souvent en complaisances blâmables. Le jury de jugement comprendrait forcément des hommes de tous les arrondissements, n'ayant la plupart aucun intérêt immédiat aux diverses opérations du jury.

En effet, il est un principe d'équité naturelle qui veut que nul ne puisse être juge et partie dans sa propre cause; or, il arrive parfois qu'un arrondissement est traversé du nord au midi, de l'est à l'ouest, par un chemin de fer projeté; le juré d'aujourd'hui sera l'exproprié de demain : dans ce cas, n'est-il pas contraire à la justice et aux convenances d'admettre un homme à connaître de l'ensemble ou de partie d'une expropriation à laquelle il est intéressé? ne doit-on pas craindre que l'intérêt personnel n'influence son jugement, et ne le porte à exagérer la valeur des terrains, dans la vue d'obtenir un meilleur prix du sien? En l'état actuel de la législation, le juré, propriétaire intéressé, n'est frappé d'exclusion (*art.* 30, *n°* 1) que si son immeuble fait partie des terrains expropriés, c'est-à-dire désignés par l'arrêté de cessibilité [1]. Mais quant au juré, propriétaire d'immeubles dans la ligne des travaux qui restent à exécuter dans l'arrondissement même où le jury est formé et réuni, bien que l'arrêté préfectoral, en vertu de l'article 11, ne soit pas encore rendu, n'est-il pas évident qu'il a intérêt nécessairement à l'élévation des indemnités, et que son jugement court risque d'être faussé? Et pourtant le magistrat directeur n'a pas le droit de l'écarter : les parties, dira-t-on, peuvent le récuser péremptoirement; oui, mais leur droit de récusation se trouvera diminué d'autant, alors qu'elles eussent pu l'exercer à l'encontre d'un autre juré, et pour d'autres motifs. Les récusations péremptoires, ainsi appelées parce qu'elles ne sont pas motivées, sont de l'essence même du jury; n'est-ce pas mettre obstacle à leur libre exercice que de les faire porter sur l'incapacité ou l'incompatibilité dont tel ou tel juré est atteint?

Ceci nous amène naturellement à traiter la deuxième partie

[1] Et encore faut-il que, si le tribunal du chef-lieu l'a choisi dans l'ignorance où il était de sa qualité d'exproprié futur, le magistrat directeur l'écarte par une récusation motivée.

Digitized by Google

de notre travail; à savoir les récusations motivées ou les reproches.

Si l'aptitude des citoyens à être jurés, autrefois restreinte par le cens électoral, s'est agrandie au point de rendre tout homme jouissant des droits civils et civiques propre à être porté sur la liste générale du jury, il reste néanmoins constant que dans plusieurs départements, la moyenne des jurés laisse beaucoup à désirer au point de vue intellectuel. « La composition du jury, disait M. le ministre des travaux publics [1], est une émanation même de la justice, et de la justice prise à un degré où elle doit réunir plus de lumières et inspirer, s'il est possible, plus de confiance. » On repoussa la proposition de désigner les jurés par la voie du sort, par les motifs qu'il fallait « dans le jury des hommes spéciaux, ayant les connaissances nécessaires pour estimer tantôt une usine, tantôt un commerce, tantôt des terres labourables. Il faudra donc tantôt des industriels, tantôt des négociants, tantôt des laboureurs. Le sort est aveugle; il ne peut pas désigner les personnes qui, pour tel cas donné, auraient des connaissances spéciales... » [2].

Malgré ces sages considérations, on rencontre dans certains arrondissements un grand nombre de jurés qui ne sont pas à la hauteur de leur tâche: les uns manquent des connaissances nécessaires pour remplir les fonctions délicates et complexes à eux imposées, et n'ont pas, en somme, la moindre notion des divers éléments qui concourent à former l'indemnité; les autres ne savent pas concilier dans une juste mesure les intérêts opposés de la propriété et des grandes entreprises de travaux publics [3], et ne savent pas également

[1] *Moniteur*, 13 décembre 1832, p. 2136.

[2] *Id.*, 11 mai 1833, p. 1317.

[3] Lorsque, en 1833, la France emprunta le jury d'expropriation aux institutions anglaises, on pensait qu'un jury pouvant se renouveler dans chaque affaire, posséderait toutes les conditions d'impartialité et d'indépendance et ne serait ni trop large ni trop avare dans le chiffre des indemnités. Et cependant, sans vouloir attaquer cette institution, il est bien permis de dire qu'on a vu, dans certains départements qu'il est inutile de nommer, des indemnités exagérées jusqu'au scandale, comme on a vu aussi,—plus rarement, — des allocations fort réduites. C'est là, assurément, un vice inhérent à la justice rendue par le jury, dont les impressions *ondoyantes et diverses*

Digitized by Google

rester avec les parties en cause dans une réserve de nature à éloigner tout soupçon. Ils manifestent leur opinion personnelle avant la décision, soit dans l'intervalle des séances, soit pendant la visite des lieux ; ils prennent même parfois des engagements plus ou moins formels avec les parties. N'a-t-on pas vu dans plusieurs sessions d'expropriation des jurés se laisser héberger par la partie expropriée, et tenir, en dehors de l'audience, une conduite bien propre à faire suspecter leur intégrité et leur justice? La plupart de ces gens-là, d'une nature agreste, peu éclairée, j'ajouterai même dépourvus de sens moral, ne se doutaient nullement qu'ils tenaient de la loi une mission de justice; que leur devoir était de se conduire pendant les débats et en dehors des débats en appréciateurs indépendants et consciencieux, n'ayant avec les parties d'autres rapports que ceux qui peuvent légitimement exister entre juges et plaideurs.

On nous objectera peut-être que la partie adverse est recevable à récuser les jurés qui auraient si étrangement méconnu les convenances ; mais, outre que le droit de récusation péremptoire est très restreint, l'on peut, avec juste raison, se demander si la récusation motivée ou le reproche serait admissible au cas où la preuve des faits dont nous venons de parler, preuve toujours difficile à établir, serait apportée au magistrat directeur. La doctrine et la jurisprudence fournissent peu de lumières à cet égard. Lors de la discussion préparatoire de la loi du 3 mai 1841, il fut dit que les récusations péremptoires devaient seules être admises, et qu'il fallait rejeter les récusations motivées ; néanmoins, la jurisprudence (*arrêt de cassation du* 5 *avril* 1854) n'a pas érigé en règle de conduite l'opinion de la Chambre des pairs, qui eût pu avoir dans son application de fâcheux résultats et eût affaibli le respect

entraînent les décisions les plus étonnantes et les moins justifiées. Ainsi se trouve parfois faussé le principe générateur de la loi de 1841, c'est-à-dire la subordination de l'intérêt privé à l'intérêt public; la perspective d'être exproprié n'effraye nullement le propriétaire ; l'expropriation devient une bonne fortune ; certains immeubles tirent leur principale valeur de l'espoir plus ou moins fondé d'une prochaine expropriation et on entend répéter, durant les sessions, cette exclamation : Bienheureux les expropriés!.... Le jury ne devrait pas oublier que s'il importe que l'exproprié soit largement indemnisé, il importe également que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui.

Digitized by Google

que l'on doit avoir pour les décisions du jury. Aussi, quoique l'article 34 soit muet à l'égard des récusations motivées, le système contraire a prévalu ; il semble donc incontestable que les parties ont le droit de porter, à l'audience, à la connaissance du magistrat directeur le fait d'incompatibilité ou d'incapacité dont un juré est atteint, sans que le droit de proposer de pareils reproches puisse préjudicier aux récusations péremptoires. D'ailleurs, l'article 32 donne au magistrat directeur le droit de statuer, non seulement sur les causes que les jurés proposent, mais aussi sur les exclusions et incompatibilités dont les causes ne seraient survenues ou n'auraient été connues que postérieurement à la désignation faite par le tribunal, c'est-à-dire depuis le commencement des opérations du jury [1]. Nous pensons que, à défaut d'une disposition formelle de la loi sur ce point, la récusation motivée peut être admise comme cause d'exclusion, par analogie avec l'article 32; mais il serait souverainement désirable que la loi s'expliquât d'une façon formelle et positive sur un point dont l'importance ne fait aujourd'hui doute pour personne.

Le remède serait, à notre avis, soit d'accorder aux parties un plus grand nombre de récusations péremptoires et d'augmenter par suite le nombre des jurés appelés à participer aux opérations de la session, soit de déclarer que les dispositions du Code de procédure civile (art. 283 et 378), plus larges relativement aux exclusions que celles du Code d'instruction criminelle, sont applicables à la matière. Le magistrat directeur aurait alors à examiner si les faits allégués contre tel ou tel juré rentrent ou non dans les prévisions de ces articles, et statuerait en conséquence sur l'exclusion du juré [2].

[1] Consulter sur ce point : Daffry de la Monnoye, *Théorie et pratique de l'expropriation*, 2e édition, t. Ier, n° 69; Peyronny et Delamarre, *Commentaire des lois d'expropriation*, n° 414 ; Arnaud, *Manuel du directeur du jury*, nos 253, 254, 255.

[2] Cependant, resterait toujours le cas, rare mais possible, où tous les jurés sans exception auraient accepté un repas ou des présents de l'une des parties; ce qui mettrait dans l'embarras le magistrat directeur, car il ne pourrait, en l'état de la législation, ni constituer un autre jury ni renvoyer les affaires à une autre session. La loi devrait, dans ce cas, l'autoriser à prendre le dernier parti.

Digitized by Google

Les inconvénients que nous venons de signaler disparaîtraient ou seraient considérablement amoindris si la loi allouait aux jurés une indemnité : c'est là, en effet, la troisième question que nous allons examiner.

Il n'est pas douteux que les fonctions de juré sont très souvent onéreuses pour des personnes peu aisées, obligées à se déplacer, à abandonner leurs affaires et leurs occupations habituelles pendant des sessions parfois très longues, sans aucun dédommagement. L'ordonnance du 18 septembre 1833 (art. 18) n'accorde aux jurés une indemnité que s'ils se transportent pour la visite des lieux à plus de 2 kilomètres du lieu de la réunion des assises; elle refuse formellement toute indemnité aux jurés *à raison de leurs fonctions.*

On a dit en faveur de la gratuité des fonctions de juré que « c'est le sentiment d'avoir rempli un devoir, c'est la reconnaissance du pays, qui doivent payer les sacrifices que les « jurés s'imposent dans l'intérêt de la chose publique[1]. » Tout cela est fort beau en théorie et serait très rationnel en pratique, si les jurés étaient tous des gens oisifs ou des agriculteurs et des négociants aisés. Les jurés criminels doivent être également guidés par ces nobles sentiments, et cependant la loi leur alloue pour frais de voyage une indemnité qui, bien minime, est toujours un dédommagement[2]. Il n'en est pas moins vrai qu'il paraît peu juste et équitable, d'une part, de distraire les citoyens de leurs occupations, d'absorber leur temps, de leur imposer la responsabilité d'une mission délicate et souvent difficile à remplir, et, d'autre part, de les obliger aux dépenses d'un séjour prolongé hors de chez eux, sans leur allouer aucune indemnité. Le juré peu éclairé et peu fortuné se trouve dans la nécessité d'accepter, d'une façon plus ou moins ostensible, repas et présents des parties intéressées, et est amené, bon gré mal gré, à rendre dans la chambre des délibérations un service plutôt qu'une décision.

Il nous semble que la loi pourrait accorder, par chaque jour de session, une certaine somme à ceux auxquels leur

[1] *Moniteur* du 30 n a' 1833, p. 1521.
[2] Article 35 du déc) et du 18 juin 1811.

Digitized by Google

position de fortune la rendrait nécessaire; ceux à qui leur situation permettrait de s'en passer ne la réclameraient point.

Il nous reste, en finissant, à signaler une omission regrettable faite par le législateur de 1831 et sur laquelle il serait utile de revenir; nous voulons parler de l'éloignement du magistrat directeur de la chambre des délibérations.

Du moment où les débats sont clos, le jury est entièrement livré à lui-même; et comme il juge *ex æquo et bono*, comme il n'est pas tenu de motiver ses décisions, comme il ne doit ni les justifier ni les expliquer, il peut, dans son omnipotence, faire entrer dans ses appréciations des éléments d'indemnité contraires à l'esprit de la loi [1]: ainsi, par exemple, enfler le chiffre de l'indemnité de tous les dommages futurs, incertains, temporaires et indirects, c'est-à-dire autant de faits dommageables dont le jury ne doit pas s'occuper et pour lesquels le recours aux tribunaux compétents est ouvert, lorsqu'ils se produiront. On arrive alors à cette conséquence absurde et légale en apparence, à savoir que le jury confond dans l'indemnité en bloc les dommages actuels, certains et directs, avec les dommages futurs, incertains et indirects : plus tard, lorsque ces derniers préjudices se manifesteront, le propriétaire dont les droits à une indemnité sont intacts aura recours aux tribunaux, fera apprécier sûrement et juridiquement les causes du dommage, et touchera une nouvelle indemnité. Cette façon de procéder, si habile et si usitée qu'elle soit, n'en mérite pas moins, malgré sa légalité, une sévère qualification.

On éviterait d'aussi déplorables résultats si le magistrat directeur, au lieu d'être réduit au rôle effacé de simple conservateur des formes, était appelé à participer à la délibération du jury.

La mission du magistrat directeur du jury a été ainsi définie par M. Martin (du Nord), rapporteur de la loi du 7 juillet 1833 : « La commission vous propose de placer auprès du « jury un magistrat qui en surveille et dirige les opérations,

[1] L'indemnité se présente sous tant de formes différentes qu'on a dit que c'était un véritable Protée; comment des hommes livrés à eux-mêmes, la plupart sans aucune notion juridique, pourraient-ils l'apprécier légalement ?

Digitized by Google

« et cette modification contribuera indubitablement à les « abréger. Ce magistrat, qui pourra être appelé *directeur du* « *jury*, est nécessaire, à nos yeux, pour que les décisions « soient convenablement préparées et rendues. C'est lui qui « au jour fixé pour la réunion surveillera l'instruction, écar- « tera les difficultés de procédure et imprimera aux débats « une marche plus prompte[1]. »

Cette innovation ainsi caractérisée fut bien accueillie par les deux Chambres en 1833, et fut maintenue dans la loi du 3 mai 1841, parce qu'on comprit quels sérieux inconvénients il y aurait à confier au jury lui-même le soin de sa propre direction et celui de veiller à l'accomplissement des formalités légales. Mais, puisqu'on était décidé à demander à la magistrature « un guide sûr et expérimenté »[2], il fallait aller jusqu'au bout; il fallait que le magistrat fût appelé à *diriger* le jury dans la chambre des délibérations aussi bien qu'aux débats, conformément à ce qui se pratique pour le petit jury, en matière de chemins vicinaux. C'est en ce sens que nous souhaitons voir modifier l'article 14 de la loi de 1841.

En l'état actuel des choses, le magistrat directeur doit être extrêmement circonspect dans l'exercice de son pouvoir si effacé et si restreint : magistrat essentiellement formaliste, il doit éviter soigneusement d'exprimer son opinion personnelle sur l'affaire qui est discutée devant lui; à moins qu'il n'ait à dire droit aux conclusions formelles et écrites des parties, il ne peut intervenir dans les débats que comme interprète des sentiments du jury.

Le magistrat directeur devrait, selon nous, participer à la fixation de l'indemnité : il serait, de droit, président du jury et aurait voix délibérative en cas de partage; il dirigerait le jury dans la chambre des délibérations en ce sens qu'il exercerait sur sa décision une influence légitime en redressant les erreurs, en ramenant la discussion à son point de départ et à son but, en prémunissant enfin le jury contre les entraînements dus à l'éloquence et à l'habileté des avocats. Au milieu des jurés délibérants, le magistrat représenterait la loi sereine, impartiale, éclairée; il empêcherait nombre de va-

[1] *Moniteur* du 27 janvier 1833, p. 212.
[2] *Id.*

Digitized by Google

riations inexplicables, d'appréciations plus ou moins exactes, d'évaluations plus ou moins équitables contre lesquelles le public est toujours enclin à protester; il maintiendrait, en un mot, l'application des vrais principes de la matière. Nous ne saurions mieux faire que de citer ici l'opinion d'un magistrat très compétent sur le sujet qui nous occupe : « Si le directeur du jury, dit M. Arnaud [1], prenait part aux délibérations, il empêcherait peut-être les écarts prodigieux que l'on rencontre entre les décisions rendues dans le cours de la même session, et, ramenant le jury à une plus saine appréciation des éléments qui servent à fixer la valeur de l'immeuble exproprié, il rendrait plus rares les évaluations exagérées et plus légères les charges que l'exécution des travaux publics fait supporter au pays. En outre, l'intervention du magistrat directeur imprimerait une sorte d'unité aux décisions du jury; elle établirait une espèce de jurisprudence relativement à la valeur des terrains : ce qui serait un avantage dans les longues sessions. »

C'est ainsi que l'institution du magistrat directeur serait placée dans son vrai jour, et il est facile de comprendre combien les opérations et les décisions du jury y gagneraient en sincérité, en modération et en équité.

Nous sommes arrivé au terme de notre étude. Comme conclusion, nous dirons : liste générale des jurés par département, récusations motivées admises, indemnité allouée aux jurés, voix délibérative accordée au magistrat directeur; autant de modifications qui, si elles étaient introduites dans la loi de 1841, concilieraient dans une plus juste proportion les intérêts également respectables de la propriété et des grands travaux publics qui sont en lutte devant le jury. Cette conciliation est, en définitive, le véritable *critérium* des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique.

ÉMILE BENOIT.

[1] Arnaud, *Manuel du directeur du jury*, n° 2.

Digitized by Google

REVUE DES TRAVAUX LÉGISLATIFS.

PROJET DE LOI RELATIF A LA PROCÉDURE DE SÉPARATION DE BIENS, EN CAS DE FAILLITE DU MARI.

Par M. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

I

Dans la séance du 7 mai 1878, M. Parent, député de la Savoie, a présenté à la Chambre des députés un projet de loi tendant à la modification de l'article 557 du Code de commerce. Ce projet était ainsi conçu :

Article unique. Ajouter en tête de l'article 557 du Code decommerce la disposition suivante :

« Le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, la séparation de biens pour la femme du failli, sans qu'il soit besoin d'en faire la demande.

« Néanmoins, la femme pourra refuser cette séparation : et à cet effet, elle devra en faire la déclaration par devant le juge commissaire de la faillite, dans le délai de la vérification des créances, et dans ce cas elle sera non recevable à se prévaloir de la faillite pour formuler une demande ultérieure de séparation. La femme est dispensée d'autorisation pour la déclaration précitée.

« Cette déclaration produira son effet, sans préjudice des droits conférés aux créanciers de la femme par le dernier paragraphe de l'article 1446 du Code civil. »

Ce projet a été discuté à la séance du 10 juin dernier (*Journal officiel* du 11 juin 1879) et il a été repoussé. Les raisons invoquées à l'appui du rejet ne nous ont pas semblé décisives. C'est pourquoi nous voudrions présenter quelques observations à l'appui de la réforme que M. Parent sollicite. Peut-être ces observations lui assureraient-elles un meilleur accueil, si de nouveau le Parlement était saisi de la question.

II

M. Parent, dans l'intitulé de sa proposition, semblait n'avoir eu en vue que la procédure à observer, en matière de séparation de biens poursuivie à la requête de la femme

Digitized by Google

d'un failli. Son projet avait une plus grande portée. Il s'agissait d'attacher une conséquence nouvelle au jugement déclaratif de faillite. Jusqu'ici, le dessaisissement n'avait compris que les droits faisant partie du patrimoine. « Le failli, dit M. Boistel (page 623), conserve ses pouvoirs sur la personne et sur les biens de sa femme et de ses enfants, du moins il ne les perd pas de plein droit. On peut seulement faire prononcer contre lui la séparation de biens ou la destitution de la tutelle. » Dans le projet soumis à la Chambre, le régime nuptial devait s'évanouir par la déclaration de faillite du mari; celui-ci devait perdre les droits d'administration que la loi lui conférait sur les biens personnels de sa femme, à moins qu'elle ne déclarât expressément lui conserver sa confiance. La réforme demandée par M. Parent n'était donc pas une simple réforme de procédure : elle touchait également le fond du droit; et à ce double titre elle méritait un examen attentif.

Dans le domaine de la théorie pure, on pouvait faire une objection au principe de la séparation de biens résultant de plein droit du jugement déclaratif de faillite. La faillite ne suppose que la cessation des payements et non l'insolvabilité. Elle peut éclater parce que le commerçant a mal combiné ses rentrées avec ses échéances, qu'il a consenti à ses débiteurs des termes trop longs, ou que ses débiteurs le font attendre, ou qu'il a dans son actif des valeurs dont la réalisation demande du temps (Aix, 15 janvier 1867, D. P., 67, 5, 207; Boistel, p. 614). D'autre part, l'article 1443 du Code civil ne donne à la femme le droit d'agir en séparation de biens que « lorsque la dot est mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme ». Le failli pouvant n'être pas dans un état réel d'insolvabilité, il ne faudrait pas dès lors faire de la séparation de biens une conséquence nécessaire de la faillite.

On ne saurait s'arrêter à cette objection. En fait, toutes les faillites ou du moins l'immense majorité sont des ruines irrémédiables. Chaque année, les statistiques officielles des juridictions consulaires déplorent, avec le nombre toujours croissant des faillites déclarées, la proportion sans

Digitized by Google

cesse décroissante des dividendes distribués. « Les faillites, disait M. Parent, dans son exposé des motifs, ont, en 1875, donné en moyenne un dividende de 14 fr. 71 c. par 100 francs, et les longueurs de la liquidation sont telles que, chaque année, il y a un nombre assez considérable de faillites — 6,849 en 1875 — qui ne peuvent être closes et que l'on est obligé de reporter à l'année suivante. » Depuis la date à laquelle M. Parent écrivait le passage que nous venons de citer, la chancellerie a publié le compte rendu de la justice civile et commerciale pendant l'année 1876. (Voir le *Journal officiel* du 25 novembre 1878). Les chiffres des dividendes sont un peu moins dérisoires : la moyenne s'est élevée à 19 fr. 17 c. pour 100. Mais il n'en demeure pas moins acquis qu'en fait tout failli est insolvable, et la loi, en faisant résulter la séparation de biens de la faillite, aurait statué sagement, en vue du cas le plus ordinaire. Au reste, si la femme avait eu la conviction que sa dot ne court aucun péril, elle aurait pu, comme le projet l'y autorisait, déclarer devant le juge commissaire qu'elle n'acceptait pas la séparation et voulait laisser à son mari l'administration de sa fortune.

Nous adoptons donc pleinement le principe de la proposition de M. Parent. « Pourquoi, dirons-nous avec lui, « ajouter aux pertes et aux complications des faillites les « frais et les longueurs d'une procédure inutile? De plus, « si la faillite dessaisit le mari de l'administration de ses « biens, rien de plus logique que de lui faire produire le « même effet, quand il s'agit de l'administration des biens « de sa femme. Où serait la raison d'en décider autrement? « Ce qu'il ne peut pour lui-même, comment le mari le pour- « rait-il pour sa femme? Pourquoi et à quel titre conserve- « rait-on au failli la jouissance de biens affectés à des « charges qu'il ne peut plus supporter? »

Si son idée était juste, nous croyons cependant que l'honorable député de la Savoie n'en avait pas déduit toutes les applications dont elle était susceptible. Sa proposition n'était pas complète. Sous peine de manquer à la logique la plus élémentaire, il fallait, le principe étant accepté, faire résulter de la faillite non seulement la séparation de biens, mais aussi la destitution des fonctions tutélaires dont le failli pouvait être investi. Il y a identité de motifs. On nous

Digitized by Google

dit que l'observation minutieuse de la procédure de séparation de biens est inutile quand la faillite du mari est déclarée. Mais il en est absolument de même de la procédure de destitution de tutelle. L'incapacité du tuteur failli est devenue assez notoire par le désordre où sont ses propres affaires. S'il perd la gestion des biens de sa femme, qui elle cependant peut surveiller ses intérêts, il doit perdre à bien plus forte raison la gestion des biens de son pupille, qui lui ne peut se défendre.

Prenons cependant la proposition Parent, telle qu'elle était soumise au Parlement, et arrivons aux détails. Il était dit dans le paragraphe deuxième de la disposition additionnelle que « la femme pourra refuser cette séparation et à cet « effet elle devra en faire la déclaration devant le juge com- « missaire de la faillite, dans les délais de la vérification des « créances et dans ce cas elle sera non recevable à se pré- « valoir de la faillite, pour former une demande ultérieure « en séparation. La femme est dispensée d'autorisation pour « la déclaration précitée ». Que la femme eût le droit de repousser le bénéfice que la loi lui offrait, cela n'avait rien qui dut étonner. Elle peut refuser le rôle de cette matrone, dont parle le procureur général Dupin, dans un de ses réquisitoires, qui, assise dans une chaise curule, plane sans y toucher sur les affaires du mari et qui, si par aventure ces affaires tournent mal, répond avec un calme stoïque aux créanciers : « Ce sont les affaires de Monsieur ». La femme doit, après avoir partagé la prospérité de son mari, pouvoir s'associer à sa mauvaise fortune.

Mais M. Parent allait trop loin, ce nous semble, quand il décidait que la femme qui n'avait pas voulu se prévaloir de la séparation de biens résultant de plein droit de la faillite serait non recevable désormais à fonder sur la faillite une demande en séparation de biens. Peut-être sa déclaration devant le juge commissaire avait-elle été faite sous l'empire d'un entraînement irréfléchi? Peut-être aussi comptait-elle sur une liquidation avantageuse des valeurs commerciales et industrielles de son mari et pensait-elle, par son vote de confiance, lui rendre un peu de son crédit détruit et lui faciliter l'obtention d'un concordat? Ses espérances plus tard sont détruites : la ruine est plus irrémédiable qu'on ne le

Digitized by Google

croyait tout d'abord. Pourquoi ne pas admettre alors la femme à revenir sur sa déclaration? Un jugement rejetant sa demande en séparation de biens ne l'empêcherait pas d'en former une nouvelle, si plus tard l'insolvabilité du mari apparaissait plus évidente et plus certaine (Aubry et Rau, 4e édition, t. V, § 516, p. 394). La déclaration de la femme ne saurait avoir plus d'effets qu'un jugement définitif. D'un autre côté, quelle eût été la durée de cette fin de non recevoir contre l'action de la femme, en supposant qu'elle fût admise? On n'avait pas à coup sûr la prétention de lui attribuer un caractère de perpétuité. Elle ne pouvait être que temporaire. Et alors quand prendrait-elle fin? Une faillite, même terminée par un concordat, pèse longtemps et quelquefois toujours sur une existence commerciale. A quel moment serait-il permis de dire que ce n'est plus sur la faillite qu'est fondée la demande en séparation de biens?

Mais alors, aurait-on dit, cette renonciation n'aurait plus eu de sens, plus d'efficacité. Cependant nous l'avons approuvée en principe, parce qu'elle se recommandait par de hautes considérations morales, et que le dévouement ne doit pas être interdit. Voici comment nous répondrions à l'objection :

La femme qui aurait répudié le bénéfice de la séparation de biens, entraînée de plein droit par la faillite, aurait encore pu former une demande. Mais cette demande eût nécessité l'accomplissement rigoureux de toutes les formalités prescrites par le Code de procédure civile. Seulement, ce n'eût pas été la faillite qui eût supporté les frais de ces formalités. Ces frais pouvant être déclarés imputables aux tergiversations de la femme, celle-ci, le cas échéant, aurait été condamnée à les supporter. Tous les principes et tous les intérêts en présence recevraient ainsi pleine et entière satisfaction. La femme ne souffrirait aucun préjudice, par suite de sa renonciation irréfléchie. Quant aux créanciers, ils ne seraient pas victimes de ses hésitations.

M. Parent avait exigé que la déclaration de la femme fût faite devant le juge commissaire de la faillite du mari. Au juge commissaire, la commission de la Chambre substitua avec raison le président du tribunal. Les questions de séparations de biens sont essentiellement civiles et il convient dès lors qu'elles soient résolues au moins en présence des juges

Digitized by Google

civils, si ce n'est par eux. De plus, on assurait ainsi à la femme la garantie des conseils du magistrat, garantie que lui avait donnée le droit commun et qui ne pouvait lui être enlevée. De la déclaration de la femme, le président du tribunal devait donner acte par une ordonnance et en même temps commettre un notaire pour la liquidation des reprises.

Il était à désirer (et c'était un point sur lequel le projet Parent gardait le silence), que le parti adopté par la femme fût porté à la connaissance des tiers. La femme opte-t-elle pour le maintien de son régime nuptial? La publicité de sa résolution rendra quelque crédit au mari et lui permettra de rétablir plus facilement ses affaires. Opte-t-elle, au contraire, pour la séparation? Il n'en coûtera pas bien cher pour annoncer aux tiers le changement de régime.

Sur ce point encore, la commission avait amendé le projet Parent. Elle organisait une publicité moins étendue que celle du droit commun et que l'on a peut-être, à bon droit, taxée d'insuffisance. Voici, du reste, le texte qui avait été adopté :

« Extrait de cette ordonnance (l'ordonnance donnant acte « à la femme de son acceptation du bénéfice de la séparation « de biens) sera publié dans l'un des journaux prévus par « l'article 668 du Code de procédure civile; il sera de plus « affiché aux greffes des tribunaux civil et de commerce du « domicile du mari pendant un an, conformément aux pres- « criptions de l'article 872 du Code de procédure civile. »

On a avec raison reproché à la commission d'avoir ainsi consacré une singulière anomalie. Le contrat de mariage des commerçants, suivant les articles 67 à 70 du Code de commerce, est publié par extrait dans les chambres d'avoués et de notaires. La modification du contrat par la séparation de biens aurait dû recevoir la même publicité.

Remarquons enfin que, d'après le projet, la séparation de biens devait avoir lieu à la date du jugement déclaratif de la faillite. Mais il était bien certain que si, à une époque antérieure à ce jugement, la femme avait formé sa demande devant le tribunal, la séparation résultant de la faillite aurait rétroagi à la date de cette demande. C'était une solution nécessaire. Si elle n'eût pas été admise, il aurait fallu que la femme obtint un jugement pour bénéficier de la disposition de l'article 1445-2° du Code civil. Or, il eut été injuste

Digitized by Google

de mettre les frais de ce jugement à la charge de la faillite, à raison de la circonstance d'une demande antérieure au jugement déclaratif.

III

M. Renault-Morlière a très vivement attaqué le projet Parent, à la séance du 10 juin dernier. Son argumentation paraît avoir produit une grande impression sur la Chambre. Il convient donc de la résumer nettement et sans l'affaiblir.

D'abord, la proposition consacrerait une nouveauté juridique : « La séparation de biens, dit M. Renault-Morlière, « ne peut être que judiciaire; elle ne peut être prononcée « que par un jugement rendu par le juge compétent, c'est-« à-dire par le tribunal civil. — Or ici, à quel acte attachez-« vous la séparation de biens? Est-ce au jugement déclaratif « de faillite, c'est-à-dire au jugement qui émane du tribunal « de commerce? Évidemment, ce n'est pas là le jugement « rendu par le juge compétent. Est-ce au contraire à la décla-« ration de la femme? Ici vous vous heurtez au principe « d'après lequel une séparation ne peut être que judiciaire? « Est-ce à la combinaison de ces deux éléments? Mais vous « aurez beau les combiner, vous ne leur donnerez pas la « vertu qui manque à chacun d'eux. »

On a invoqué, en second lieu, les intérêts des tiers. Il importe à coup sûr de prévenir un concert frauduleux entre la femme et le mari. Le droit commun donne à cet égard toutes les garanties désirables, en permettant aux créanciers d'intervenir pendant toute la durée de l'instance. Ils peuvent, ainsi, demander la communication des pièces sur lesquelles la femme s'appuie pour établir le péril et le chiffre de sa dot. Enfin, la cause est communicable et souvent les observations du ministère public arrêtent au passage une demande peu justifiée. Il serait donc, conclut-on, dangereux de supprimer en cas de faillite une procédure coûteuse, il est vrai, mais protectrice des droits des tiers et paralysant toutes les tentatives de collusion entre les époux.

Une troisième considération a été mise en avant. L'adversaire du projet a fait remarquer que beaucoup de femmes de faillis demanderesses en séparation de biens étaient pourvues du bénéfice de l'assistance judiciaire. Pour celles-ci, l'adop-

Digitized by Google

tion de la réforme proposée serait, dit-on, plus nuisible que profitable. En effet, aux termes de deux décisions des ministres de la justice et des finances des 11 octobre et 23 novembre 1855, l'assistance judiciaire, en cas de séparation de biens, est acquise à la femme demanderesse non seulement pour les frais du jugement lui-même, mais encore pour ceux des actes d'exécution qui suivent le jugement et sont indispensables à son efficacité. Parmi ces actes d'exécution, il y en a un qui peut être assez coûteux, c'est l'acte de liquidation des reprises de la femme. L'administration en se prononçant dans ce sens, contrairement aux principes généraux de l'assistance judiciaire, s'est souvenue du proverbe : Qui veut la fin veut les moyens. La séparation n'est parfaite et définitive que par l'exécution du jugement. Il était donc naturel de considérer la femme comme assistée jusqu'à ce que le jugement fût exécuté et ses reprises liquidées. Avec le système nouveau, l'instance en séparation de biens contre le failli est supprimée. Il n'y a plus dès lors d'assistance judiciaire, et les frais de liquidation des reprises sont à la charge de la femme.

Nous croyons que ces diverses considérations n'ont rien de décisif et nous persistons à penser que la Chambre aurait consacré une réforme législative utile en adoptant la proposition Parent.

D'abord, il est certain que le projet contenait une nouveauté juridique. Mais à cela on peut répondre très simplement, que lorsqu'on modifie une loi antérieure c'est pour y introduire quelque disposition nouvelle. « Si jamais, disait « M. Bouchet, rapporteur de la proposition, nous n'osons « toucher aux imperfections du Code civil, quelles sont les « réformes auxquelles on pourra parvenir? » Il ne faut pas que le Code civil devienne une arche sainte sur laquelle il soit défendu de porter la main. Les Romains qui certes avaient le plus grand respect pour leur législation primitive et les coutumes de leurs ancêtres, n'avaient-ils pas des magistrats, les préteurs, ayant pour mission, selon un texte célèbre de Papinien, de seconder, compléter et corriger le droit civil?

On redoute la fraude et on regrette les garanties établies par le droit commun en faveur des créanciers du mari. A cette objection nous ferons deux réponses, l'une en fait, la seconde en droit.

Digitized by Google

En fait, d'abord, quand le péril de la dot est-il mieux démontré, que lorsqu'il y a jugement déclaratif de faillite du mari? « Aussi, disait devant la Chambre, le rapporteur « M. Bouchet, en matière de séparation de biens intervenant « sur déclaration de faillite, il y a admission des conclusions « de la femme toujours, sans que le mari, sans que le syndic, « sans qu'aucun créancier songe un instant à se pourvoir. »

Si cela est vrai (et l'on ne saurait en douter lorsqu'on songe à la moyenne désastreuse des dividendes), où est le danger de collusion? Pourquoi ces craintes chimériques de concert frauduleux?

En cas de déconfiture, souvent la fraude se produit. Les poursuites par lesquelles on démontre le désordre des affaires du mari sont quelquefois des poursuites de complaisance. Mais en cas de faillite est-ce possible? Peut-on raisonnablement craindre qu'un mari ne se fasse déclarer en faillite pour parvenir à la séparation de biens?

En droit, nous répondrons que la fraude, si elle se produisait, serait bien facile à réprimer. « Nous avons eu soin, dit « encore le rapporteur, de faire remarquer que les créanciers, « représentés par le syndic de la faillite, conservent toujours « en l'état de la législation que nous prétendons introduire, « le droit de se pourvoir contre le parti pris par la femme « si la fraude est parfaitement déterminée et prouvée. »

Quant à l'argument tiré de la pratique administrative en matière d'assistance judiciaire, il se réfute de lui-même. Le rapporteur reconnaît que l'assistance judiciaire peut être accordée à la femme pour l'accomplissement de la procédure de séparation de biens simplifiée. Ce n'est peut-être pas très conforme à l'esprit de la loi du 22 janvier 1851, dont toutes les dispositions supposent une contestation, un procès à engager. Mais les doutes sont levés par la déclaration du rapporteur. Si l'assistance judiciaire est possible, elle accompagnera la femme jusqu'à l'exécution de sa séparation de biens par le payement ou la liquidation des reprises, selon la pratique suivie jusqu'ici par la régie.

Il reste donc peu de chose des objections dirigées contre la proposition Parent, et l'on ne peut que regretter qu'une réforme aussi peu dangereuse ait été aussi mal accueillie.

CH. TESTOUD.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LA LOI CINCIA,

Par M. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite*[1].)

39. Nous avons maintenant à rechercher s'il était possible, sous l'empire de la loi Cincia, qu'une obligation contractée en vue de réaliser une donation pût obtenir sa perfection, de manière à dépouiller absolument le donateur pour enrichir le donataire.

40. Quand on voulait, à Rome, *s'obliger* à titre de donation, une simple convention était impuissante à lier le donateur, suivant la règle générale que les pactes ne produisaient pas d'action, règle à laquelle il ne fut dérogé en cette matière que sous Justinien[2]. La solennité de la stipulation était donc la forme habituelle employée pour faire naître une créance au profit du donataire. Mais nous avons vu qu'à partir de la loi Cincia la promesse intervenue *donandi causa* ne resta efficace qu'en faveur des *personæ exceptæ*, et qu'en dehors de là, pourvu que la donation dépassât le *modus legis*, l'action dérivant de la promesse était tenue en échec, grâce à une exception que cette loi concédait au donateur. C'est pourquoi on disait: *Perficitur donatio in exceptis personis sola promissione* (§ 310, *Vat. Fragm.*).

41. Toutefois, nous savons que si l'effet de la mancipation, de même que celui de la promesse, était paralysé par une exception, il y avait moyen, du moins pour les immeubles italiques, de consommer l'aliénation, en accompagnant la mancipation d'une tradition. Existait-il quelque chose d'analogue en matière d'obligation, et pouvait-on, en ajou-

[1] Voyez *Revue critique*, 1878, 2e série, t. VII, p. 298 et suiv.

[2] Il paraît bien que dès Antonin le Pieux, une Constitution de cet empereur avait créé un droit spécial quant à la validité des donations entre ascendants et descendants. Assurément il y avait alors dispense de la nécessité d'une mancipation accompagnée de tradition, comme l'indique la loi 4, Cod. Théod., *De don.* Mais encore fallait-il qu'il n'y eût aucun doute sur la certitude de la volonté du donateur (*voluntas claruerit, quæ non dubium consilium teneat*); et probablement la confection d'un écrit et la remise de cet écrit aux mains du donataire étaient exigées dans ce but (*Vat. Fragm.*, §§ 268, 297 et 314).

Digitized by Google

tant un autre acte à la promesse, lui procurer par cette adjonction la force dont elle était destituée isolément? Au premier abord, il semble que ce complément devait consister dans l'exécution de la promesse, dans le payement, qui jouera ici le rôle de la tradition succédant à la mancipation, et rendra la donation parfaite. Ne peut-on pas dire que, dans les deux hypothèses, la certitude de la volonté de donner est acquise; que, si la tradition venant après la mancipation constitue une réitération de la donation et témoigne la fermeté de l'intention de se dépouiller, il est juste d'apprécier de la même manière le payement qui a suivi la promesse et qui atteste la persévérance de la libéralité? Nous supposons, pour le moment, que le payement a été fait *sciemment* par le donateur, qui a dédaigné d'invoquer le secours de la loi Cincia [1].

42. L'objection qui peut être présentée contre ce point de vue vient de ce que, dans l'une des hypothèses, il s'agit d'actes de même nature, ayant également pour objet le transport de la propriété, actes dont chacun à lui seul est insuffisant pour parfaire la *datio*, tandis que, par leur réunion, ils se corroborent et réussissent à atteindre le but poursuivi, l'aliénation de l'immeuble à titre gratuit. Quand il est question, au contraire, d'un payement émanant de quelqu'un qui avait promis *donationis causa*, et qui n'était pas lié sérieusement, nous rencontrons chez lui l'intention de substituer à une donation par voie d'*obligation*, qui était inefficace, une donation d'un autre genre, par voie d'*aliénation*. Celui qui avait fait la promesse de donner un immeuble Italique était libre d'échapper à cette promesse. S'il se décide néanmoins à y satisfaire, il veut, en réalité, se constituer donateur au moyen d'une *datio*. Ne doit-il pas, pour rendre parfaite cette sorte de donation, se conformer aux règles nécessaires à la consommation d'une aliénation opérée dans ce but? S'est-il borné à manciper en conservant la possession, ne sera-t-il pas encore en mesure d'opposer l'exception de la loi Cincia à la revendication du donataire? S'il n'y a eu qu'une tradition, n'a-t-il point gardé le *dominium* et la faculté de faire

[1] Nous nous occuperons tout à l'heure de l'influence que peut exercer sur la validité du payement la circonstance de l'*erreur* qui y aurait présidé.

Digitized by Google

valoir ce *dominium* en repoussant par une réplique l'exception *rei traditæ?* Dans le cas où des meubles auraient été l'objet de la promesse exécutée, la tradition fût-elle accompagnée d'une mancipation à l'égard de meubles *mancipi*, ne restera-t-il pas au donateur la ressource de l'interdit *utrubi*, selon la doctrine assez peu rationnelle que les jurisconsultes romains avaient fait prévaloir en pareille occasion?

43. Malgré l'absence de textes positifs qui se prononcent sur cette difficulté, nous sommes enclin à admettre que les principes gouvernant la perfection de l'aliénation faite à titre de donation devaient recevoir ici leur application. Il s'agit, en définitive, de savoir si un donateur a été irrévocablement dépouillé de la propriété, si un donataire en a été investi complètement. Nous n'irons pas jusqu'à dire que la tradition d'une *res mancipi*, faite pour exécuter une promesse de donation, est destituée de toute espèce de valeur en l'absence d'une mancipation. Elle trouve, en effet, dans cette promesse une *justa causa*, pouvant servir de base à l'usucapion. Mais l'acquisition ne se produira que grâce à une possession prolongée; et tant que le délai voulu ne sera pas écoulé, le sort de la donation restera à la discrétion du donateur. En vain dirait-on que le payement fait volontairement par celui qui pouvait invoquer une exception pour se soustraire à la nécessité de payer purge le vice de la promesse et la rend efficace. Les Romains ne voient dans une pareille conduite que la volonté de réaliser une donation[1]. Or, la donation qu'il s'agit d'effectuer, consistant dans une translation de propriété, il faut que les conditions exigées pour la perfection de cette sorte de donation se trouvent accomplies.

44. Ne pourra-t-il pas cependant quelquefois arriver que la tradition faite à la suite d'une promesse de donation suffise à dépouiller absolument le donateur? L'objet promis était un immeuble provincial, cas où l'on n'exigeait autre chose que la remise de la possession pour la consommation de la donation. Si la personne qui a fait tradition *animo donandi* avait agi de la sorte, abstraction faite d'une stipulation, des textes formels[2] reconnaissent l'irrévocabilité de la dona-

[1] *Cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto doti donatio est* (L. 53, D., *De reg. jur.*).

[2] §§ 293, 313, *Vat. Fragm.*

Digitized by Google

tion, sans qu'on ait à s'occuper de savoir si le bénéficiaire de la tradition était ou non une *persona excepta*. Supposons, au contraire, qu'il y ait eu d'abord une stipulation; la circonstance d'une promesse antérieure rendra-t-elle plus mauvaise la position du donataire?

45. La même question se présentera, croyons-nous, dans une autre hypothèse, qui devait être assez fréquente, celle où la donation, réalisée au moyen de la tradition, portait sur une somme d'argent. Il s'agissait ici de meubles *nec mancipi*, à l'égard desquels la tradition seule opérait la translation de propriété. Quant à l'expédient de l'interdit *utrubi* à l'effet de recouvrer la possession, nous sommes persuadé qu'en pratique il était habituellement inapplicable. Pour comprendre un débat au possessoire relativement à une somme d'argent, il faut que l'identité des pièces de monnaie en litige soit constante, ce qui, en fait, devait être extrêmement rare. On ne conçoit guère que celui qui a reçu de l'argent conserve distincts et séparés les écus mêmes qu'il a touchés, et qu'une preuve sur ce point puisse être administrée. Il suffit que les écus d'autrui aient été mêlés pour exclure la revendication [1], et par la même raison un procès sur la possession n'est plus possible dès que la commixtion aura eu lieu [2]. De plus, comme la consommation aura été faite de bonne foi, on ne peut songer à la ressource de l'action *ad exhibendum*. Concluons donc que tout donataire d'une somme d'argent, approprié par la tradition, et mis à l'abri d'un débat au possessoire à raison de la consommation qui sera en général immédiate devra obtenir de suite pleine sécurité. Mais cette situation ne lui appartiendra-t-elle qu'autant que celui qui a compté une somme pour faire une libéralité n'avait pas précédemment répondu à une stipulation; et faut-il admettre que la précaution prise par le donataire qui s'était pourvu d'une promesse tournera contre lui, et fournira peut-être au donateur un moyen de reprendre les écus qu'il a livrés?

46. Quelque singulière que puisse paraître d'abord la proposition qui consiste à distinguer entre le cas où il y a eu

[1] L. 78, D., *De solut.*

[2] L'interdit *utrubi*, de même que la revendication, suppose que l'objet litigieux peut être déterminé comme corps certain. *Utrubi* (*hi nummi*) *majore parte anni fuerint.*

Digitized by Google

exécution spontanée de la libéralité sans une promesse préalable, et celui où une promesse a précédé l'exécution, on doit bien se résoudre à dire que les Romains tenaient compte de cette différence. A nos yeux, c'est encore là une des bizarreries tenant à l'imperfection de la loi Cincia. Si l'on était parti de cette idée que les actes juridiques accomplis en vue d'une donation dépassant tel *modus* et au profit d'une personne non favorisée, devaient être radicalement prohibés, il n'y aurait pas eu à s'inquiéter de savoir si la tradition d'un fonds provincial ou la numération d'une somme d'argent faite dans de semblables conditions avait été ou non la conséquence d'une stipulation. Quiconque se serait enrichi contrairement à la loi eût été tenu, par une *condictio ex injusta causa*, de restituer le profit qui lui était advenu. Mais, nous le savons, on n'avait pas voulu interdire radicalement toute donation *ultra modum*, qui pouvait, même vis-à-vis un *non exceptus*, être dictée par des motifs sérieux. Seulement, on exigeait que la volonté de donner fût bien certaine, ce qu'on n'induisait pas d'une promesse, laquelle cependant n'était pas annulée. Nous avons vu à quelle épreuve était soumise l'expression de cette volonté pour les immeubles Italiques, et comment pour les meubles l'extension critiquable de l'interdit *utrubi* avait fourni un moyen de rétractation. A l'égard des immeubles provinciaux, puisqu'on tenait pour suffisante l'intention de donner manifestée par une tradition; à l'égard d'une somme d'argent, puisque la tradition dépouillait de la propriété, et que la nature des choses ne se prêtait point au recouvrement de la possession, pourquoi la tradition était-elle appréciée autrement, suivant que l'on rencontrait ou non l'antécédent d'une stipulation? Le motif de la distinction reposait sur cette idée que la tradition émanant de celui qui avait promis pouvait être considérée comme un *payement*, tandis que, à défaut d'une stipulation, nul rapport de débiteur à créancier n'existant entre le *tradens* et l'*accipiens*, il n'y avait pas lieu d'examiner les conditions de validité d'un payement auquel les parties n'avaient pas songé. Là où l'affaire pouvait prendre l'aspect d'un payement, le droit de répéter ce qui avait été fourni à tort appartenait non seulement à celui qui ne devait en aucune façon, mais encore à celui qui, étant soumis à une action, avait la faculté de la repousser

Digitized by Google

par une exception perpétuelle. L'admission, dans ce dernier cas, de la *condictio indebiti* est reconnue par plusieurs textes, notamment à l'occasion de l'exception de la loi Cincia par Ulpien (§ 266, *Vat. Fragm.*). Nous reviendrons bientôt sur la portée de cette *condictio*, à laquelle une *erreur* devait servir de base. Ce que nous voulons mettre en relief quant à présent, c'est que la *condictio indebiti* suppose nécessairement une prestation faite dans le but d'éteindre une obligation, ce qui expliquait la conduite de celui qui livrait à la suite d'une promesse. Mais il n'avait point paru possible d'admettre l'intention de payer chez celui qui se dépouillait spontanément, sans que la tradition qu'il faisait fût dictée par la pensée d'acquitter une dette dont les éléments manquent absolument.

47. On trouve une application de ces idées dans une hypothèse célèbre, à l'occasion de laquelle il paraît bien avéré que, malgré les plus fortes considérations d'équité, les jurisconsultes romains s'accordaient en général à refuser une action. Nous voulons parler du possesseur de bonne foi, qui avait élevé des constructions sur le terrain d'autrui, lequel n'avait moyen de recouvrer ses impenses qu'autant qu'il avait conservé la possession, et était ainsi en mesure de faire valoir l'exception de dol. Si ce constructeur, convaincu du bon droit de celui qui se disposait à revendiquer, avait l'imprudence de restituer de bonne grâce l'immeuble amélioré à ses frais, Julien (L. 33, D., *De cond. ind.*) est positif pour dénier toute répétition « *Sed si is qui in* « *area aliena ædificasset, ipse possessionnem tradidisset, condic-* « *tionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem* « *dominus habere incipiat* ». On estimait qu'il n'y avait point lieu à considérer comme un payement l'abandon fait au propriétaire de sa chose de la part du détenteur, et l'absence de tout rapport d'obligation amenait à refuser la *condictio indebiti*.

48. C'est de la même façon que l'on raisonnait quand il s'agissait de quelqu'un qui, sans avoir pris aucun engagement, exécutait, en quelque sorte d'emblée, une donation, en livrant un immeuble provincial, ou en comptant une somme d'argent. Comme il n'y avait aucune dette à acquitter, l'action en répétition de l'indu semblait impossible. N'est-il pas étrange cependant que, si l'on doit tenir compte de l'erreur commise par celui qui livre ce qu'il a promis *donationis causa*,

Digitized by Google

on n'accorde pas une influence égale à la même erreur dans laquelle sera tombé celui qui, libre de toute promesse, aura donné spontanément? Avec des principes plus larges sur la formation des obligations, les Romains auraient dû reconnaître que l'exécution d'une libéralité entre-vifs n'est jamais que la réalisation d'une convention qui précède nécessairement la mise en possession. En analysant l'opération, on y découvre un accord de volontés qui intervient avant la tradition, laquelle n'a d'autre but que de donner effet à cet accord de volontés. Mais, par suite de l'inanité attribuée à la convention comme moyen de constituer une obligation, on ne considérait point comme débiteur à l'avance celui qui se conformait à une convention non revêtue de la forme nécessaire pour l'ériger en contrat.

49. La conclusion à tirer de ce qui précède, c'est que, sous le régime établi par la loi Cincia, quand il s'agissait d'une libéralité réputée excessive, à l'égard de personnes non favorisées, la précaution d'une stipulation aboutissait non seulement à une inutilité, mais encore tournait au détriment du stipulant pour ménager une ressource au promettant. L'inutilité de la stipulation ressort de ce qu'elle ne fournissait pas une action efficace. Il fallait donc attendre qu'il plût au donateur de manciper et de livrer. Les actes nécessaires pour consommer le dépouillement pouvant être, à son gré, accomplis ou non par le donateur, le donataire nanti d'une promesse n'était pas plus assuré de s'enrichir que celui aux yeux duquel on aurait fait luire la perspective d'une libéralité, sans prendre aucun engagement à cet égard. Mais, au moins, dans ce dernier cas, si la mancipation et la tradition avaient été effectuées par celui qui avait manifesté le dessein de donner, il y avait sécurité acquise pour le donataire qui avait été uniquement constitué propriétaire, et n'avait point passé par l'état de créancier. Qu'une promesse, au contraire, eût précédé les actes d'aliénation, la pleine exécution de cette promesse fournie *sciemment* par le promettant fermait bien la voie au repentir[1]; mais il lui était permis, en démon-

[1] Nous faisons ici abstraction de la voie de rétractation ouverte encore pendant six mois quant aux meubles, par suite de l'emploi abusif de l'interdit *utrubi*, et nous n'envisageons que l'hypothèse la plus importante, celle où l'objet de la donation consistait en un immeuble Italique.

Digitized by Google

trant qu'il avait été sous l'empire d'une *erreur*, de critiquer la validité du payement, grâce à cette circonstance qu'il s'était considéré comme débiteur, expédient qui manquait là où l'aliénation avait eu lieu sans l'antécédent d'une stipulation. Nous ne pensons pas, du reste, que pour l'application de la *condictio indebiti* il y eût lieu de distinguer selon qu'il y avait eu seulement tradition ou concours de la mancipation et de la tradition, ces deux actes réunis n'étant que l'accomplissement entier du payement que se croyait obligé à faire celui qui, s'imaginant être débiteur d'un immeuble Italique, avait voulu se libérer pleinement. C'est un résultat bizarre assurément que celui qu'amène, contrairement à son effet ordinaire, une stipulation, dont la conclusion améliore la situation du promettant, et constitue un péril pour le stipulant.

50. Arrivons maintenant à l'examen de la *condictio* accordée à celui qui avait exécuté une promesse faite *donationis causa*. Il importe de ne pas perdre de vue les conditions sous lesquelles fonctionnait cette ressource. Le texte d'Ulpien (§ 266, *Vat. Fragm.*) la caractérise comme étant une *condictio indebiti*, et dès lors elle ne peut appartenir qu'au donateur qui aurait agi sous l'empire d'une erreur, à la charge de prouver cette erreur, suivant les règles qui imposent au demandeur la nécessité de justifier le fondement de l'action qu'il exerce. D'un autre côté, on sait que les jurisconsultes romains paraissent assez enclins à dénier ici une influence à l'erreur de droit, pour ne tenir compte que de l'erreur de fait. Il y a sans doute quelque difficulté sur la généralité de cette doctrine. On a proposé assez raisonnablement de concilier les textes divergents sur cette matière au moyen d'une distinction entre l'erreur excusable ou non. Mais ne peut-on pas dire que l'ignorance de la loi Cincia constituait habituellement une erreur grave, et appliquer à celui qui, par erreur de droit, aurait satisfait à une promesse de donation *ultra modum* le langage que l'on tenait à l'égard de l'héritier qui n'avait pas su qu'il pouvait invoquer la loi Falcidie, savoir qu'on ne doit pas venir au secours de ceux qui ont commis une sottise : *Nec stultis solere succurri*, L. 9, § 5, D., *De jur. et fact. ign.* ? Il y avait cependant des personnes que l'on trai-

Digitized by Google

tait sous ce rapport avec indulgence, en les excusant pour leur ignorance du droit. Ce n'était là toutefois qu'une exception, et le droit commun semble bien être de se montrer sévère pour la concession de la *condictio indebiti* à propos d'une erreur de droit.

51. Enfin, pour ce qui concerne l'erreur de fait, il y avait probablement des distinctions qui rétrécissaient encore le champ de l'action. — Le donateur a-t-il cru qu'il avait à rémunérer des services qu'il supposait à tort lui avoir été rendus, cette erreur, disait-on, n'empêchait pas que la volonté de donner ne servît de cause valable à la prestation (L. 65, § 1, D., *De cond. indeb.*); et on n'aperçoit pas que cette décision doive être restreinte à l'hypothèse d'une donation inférieure au *modus legitimus*. — Peut-être s'est-on trompé sur la qualité du donataire, que l'on rangeait faussement au nombre des *personæ exceptæ*. Seulement une semblable méprise arrivera bien rarement. — On a dit aussi que l'erreur pouvait porter sur la *valeur* de ce qui a été donné. Mais la plupart du temps cette erreur sera assez grossière; et sans doute l'erreur de fait, quand elle revêtait ce caractère, ne devait pas être prise en considération. Pour rendre plus acceptable la possibilité d'une erreur par suite de laquelle le *modus legis* aurait été dépassé, on a proposé d'admettre que le taux n'était pas invariable et uniforme, mais qu'il devait être proportionné à l'importance du patrimoine. On a même conjecturé qu'il pouvait y avoir détermination d'une série de sommes croissant suivant l'étendue la fortune. Nous avons peine à croire à un pareil système, qui eût entraîné de sérieux inconvénients pour son application. S'imagine-t-on que, pour obtenir l'invalidation d'une donation, le donateur soit mis dans la nécessité d'établir son bilan, et de faire la liquidation de ses biens, opération si délicate, qui, suivant l'observation contenue dans la loi 76, § 1, D., *De rei vind.*, ne pouvait être apurée qu'avec peine à l'occasion du fonctionnement de la loi Falcidie : *Vix apud judicem examinatur?* — Nous sommes loin assurément de penser que la *condictio indebiti* doit être écartée; car Ulpien est positif pour l'admettre. Toutefois, nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que les difficultés d'application de cette action étaient l'une des conséquences fâcheuses du système fonda-

Digitized by Google

mental de la loi Cincia, qui ne prononçait pas directement la nullité des donations excessives, et qui obligeait le donateur à s'engager dans une voie semée d'embarras. Dans tous les cas, quelle que fût la nature de l'erreur dont il fallait tenir compte, il eût été raisonnable de ne pas restreindre la faculté de répéter, pour ne l'accorder qu'à celui qui avait *promis*, en écartant la réclamation de celui qui, sous l'influence d'une erreur, avait livré *donandi causa* sans une promesse préalable.

52. Faut-il conclure des idées que nous venons d'exposer que jamais la donation, quand elle était soumise à l'application de la loi Cincia, ne pouvait devenir parfaite tant qu'il n'y avait de la part du donateur autre chose qu'une *obligation contractée*? L'exception *legis Cinciæ* étant, nous le savons, perpétuelle, le donateur restait toujours à l'abri d'une action, et les héritiers seuls pouvaient être contraints à payer, si le donataire était en mesure de prouver que le donateur était mort en persévérant dans sa pensée de libéralité. En vain la promesse de donner aurait-elle été réitérée; toute stipulation faite *donandi causa* était affectée du même vice. En vain le donateur aurait-il fait corroborer sa promesse par l'intervention de fidéjusseurs; ceux-ci n'étaient pas plus liés que le donateur, et pouvaient, eux aussi, invoquer l'exception de la loi *Cincia*, même contre le gré du *reus*, aux termes de la loi 24, D., *De donat*. Toutes ces propositions sont incontestables; cependant il restait un expédient, grâce auquel celui qui s'était obligé en vue de réaliser une donation pouvait être dans la nécessité d'exécuter sa promesse, expédient qui fournissait la voie de la délégation.

53. La délégation [1] consiste dans un mandat donné par

[1] Nos observations sur la loi Cincia étaient terminées, quand nous avons eu connaissance du travail sur la délégation, publié par M. Gide. Notre savant collègue, en continuant ses curieuses investigations, ayant pour but de rendre leur véritable physionomie à des institutions défigurées par les commentateurs, a entrepris de reconstruire la théorie de la délégation, telle qu'elle aurait été comprise par les jurisconsultes romains. Tout en admirant l'ingéniosité déployée à ce sujet par M. Gide, nous ne pouvons souscrire à sa doctrine, laquelle, si nous l'avons bien saisie, se réduit à ceci : la prestation fournie par le délégué est censée fournie par le délégant,

Digitized by Google

celui que l'on appelle délégant à quelqu'un qui prend le nom de délégué. Ce mandat sera ordinairement celui de contracter envers un autre, qui est le délégataire, un engagement dont doit profiter le délégant; et le délégataire, à son tour, reçoit mandat de coopérer à la formation de cet engagement. L'hypothèse la plus fréquente de l'emploi de la délégation est celle où un individu, à la fois créancier et débiteur d'une somme égale vis-à-vis deux personnes différentes, veut arriver à se libérer de ce qu'il doit, en abandonnant le droit qu'il a contre son débiteur pour le transférer à son créancier. Primus est débiteur de 1,000 envers Secundus, qui lui-même est débiteur de pareille somme envers Tertius. Si Primus, sur la proposition de Secundus, consent à être délégué à Tertius, lequel accepte cet arrangement, Primus cessera d'être débiteur de Secundus, qui cessera de son côté d'être débiteur de Tertius; et désormais il n'y aura qu'un seul rapport d'obligation mettant Primus en

et les choses doivent se passer comme si en réalité le délégataire avait reçu du délégant ce qu'il reçoit du délégué. Cette théorie, appliquée aux trois hypothèses de donation par voie de promesse sur délégation que nous examinons, ne nous paraît pas en harmonie avec les décisions que nous offrent les textes.

Première hypothèse.— Double donation prévue dans les lois 2 § 2, et 33 § 3, *De donat.*— Celui qui veut me gratifier promet à celui que je veux gratifier moi-même. Aux yeux des Romains, la prestation, qui de la part du délégué consiste dans une promesse obtenue par le délégataire, se transforme, quant aux rapports de celui-ci avec le délégant, en la numération d'une somme qui lui aurait été versée *donationis causa*, de sorte qu'il est donataire d'argent livré spontanément, et non pas donataire par voie de promesse.

Deuxième hypothèse, traitée L. 21 pr., *De donat.*, et L. 5 § 5, *De dol. mal. exc.* — Celui qui, en vue de me gratifier, s'engage à payer mon créancier, fournit une promesse au délégataire. En échange de l'acquisition de cette créance, le délégataire perd sa créance antérieure sur le délégant, comme si celui-ci l'avait payé, de telle sorte que la valeur censée fournie par le délégant est autre que celle fournie en réalité par le délégué.

Troisième hypothèse, résolue dans la loi 21 § 1, *De donat.* — La prestation du délégué consistant toujours en une promesse, le délégué est indemnisé au moyen de la libération d'une dette dont il était tenu, et la donation du délégant au délégataire est envisagée comme donation d'une somme d'argent.

Il est vrai que M. Gide considère comme n'ayant aucune importance les fictions dont parlent à diverses fois les jurisconsultes; mais alors comment expliquer les effets juridiques qui ne se produisent que grâce à ces fictions?

Digitized by Google

relation avec Tertius. L'opération exige le concours des volontés des trois intéressés; mais, en outre de leur consentement, il faudra, pour atteindre le résultat désiré, qu'il intervienne une stipulation dans laquelle Tertius se fera promettre par Primus les 1,000 que celui-ci devait à Secundus.

54. On comprend facilement l'utilité de cette stipulation afin de constituer le nouveau rapport d'obligation qui va s'établir entre Primus et Tertius, le consentement n'étant pas suffisant pour créer ce rapport. Mais la stipulation, qui remplit à ce point de vue sa fonction habituelle, aura en même temps un effet contraire à sa destination régulière, celui d'éteindre l'obligation de Primus envers Secundus, de même qne l'obligation de Secundus envers Tertius. Pour expliquer cette libération, sous l'empire de laquelle tombent toutes les obligations, fussent-elles formées *verbis*, les jurisconsultes romains disaient que le délégué était censé avoir payé le délégant [1], que le délégant à son tour était censé avoir payé le délégataire [2], et qu'enfin le délégataire était censé avoir remis au délégué l'argent que l'on suppose avoir passé d'abord des mains du délégué dans celles du délégant, puis des mains du délégant dans celles du délégataire [3]. Voilà

[1] L. 21 § 1, D., *De donat.*

[2] L. 18, D., *De fidej.*

[3] Cette manière d'entendre les choses explique comment le délégataire n'avait pas, en principe, un recours contre le délégant, nonobstant l'insolvabilité du délégué. Pour motiver ce recours, il fallait une convention expresse, d'après laquelle la stipulation était faite aux risques et périls du délégant, ce qui ouvrait, disait-on, au délégataire la ressource de l'action *mandati contraria*, au moyen de laquelle il pouvait atteindre le délégant. C'était, sans doute, s'écarter de la fiction qu'on prenait pour base; car quand un débiteur a réellement désintéressé son créancier, il n'a pas à s'inquiéter de l'emploi fait par celui-ci du capital qu'il a remboursé. Mais la vérité est que le créancier n'est nullement payé, et qu'il se borne, sur la prière de son débiteur originaire, à accepter un autre débiteur qui lui est présenté comme solvable. Pour conjurer l'effet de la fiction du payement, on devait avoir soin de dire que, si le payement prétendu fait dès à présent n'était pas réalisé dans l'avenir par celui qui était chargé de l'opérer, le créancier impayé rentrerait dans ses droits vis-à-vis l'ancien débiteur. Supprimez, au contraire, la fiction, qui n'est qu'un expédient, la convention de garantie apparaît comme étant de surérogation. Il est de règle, en effet, que le mandataire doit être couvert du dommage que lui cause l'exécution du mandat. Nous nous plaçons dans l'hypothèse ordinaire, où c'est

Digitized by Google

comment, embarrassés par cette règle : *Certis modis deberi desinit*, et n'admettant point le principe fécond de l'efficacité des conventions, les Romains, pour aboutir à un résultat qu'eût donné sans effort l'adoption de ce principe, étaient obligés de recourir à des fictions de payement là où il n'y avait eu en réalité aucun déplacement d'argent.

55. On va comprendre que l'emploi de la délégation pouvait engager d'une façon absolue celui qui, en vue de faire une libéralité, s'était borné à contracter une obligation. Il faut supposer que le donateur s'est constitué débiteur envers un autre que le donataire. En pareil cas, le stipulant n'a pas à redouter l'exception de la loi Cincia, puisqu'il n'agira point contre le promettant à l'effet d'exiger l'accomplissement d'une donation, les rapports de donateur et de donataire n'existant pas entre lui et son adversaire. La seule question qui pourra s'élever est celle de savoir si le donateur sera admis à répéter ce qu'il aura été contraint de payer, en s'adressant à celui qui joue vis-à-vis de lui le rôle de donataire, et qui a tiré profit de l'engagement pris *donationis causa*. C'est un point sur lequel il est assez embarrassant de faire marcher parfaitement ensemble les décisions que nous offre la compilation de Justinien, où nous rencontrons pour dif-

le délégué qui sollicite l'opération dans laquelle il est assuré de ne rien perdre, tandis qu'elle présente un danger pour le délégataire. Notre législateur a été bien inspiré en s'écartant sur ce point (art. 1275 C. civ.) de la doctrine de Pothier, qui avait reproduit les règles du droit romain, conséquences naturelles de fictions devenues tout à fait inutiles à raison de la puissance accordée dans notre droit à la volonté des parties pour former, modifier ou éteindre les obligations. On interprète mieux l'intention du délégataire, en décidant qne par l'acceptation d'un nouveau débiteur il n'entend pas décharger l'ancien, sauf déclaration contraire à cet égard. C'est justement le contrepied de la législation romaine, qui exigeait une convention formelle pour rendre le délégant responsable de l'insolvabilité du délégué.

Nous ajouterons que si, dans les idées romaines, on eût tenu pour exacte la base donnée aux effets de la délégation par M. Gide, aux yeux duquel les fictions ne sont qu'un jeu superflu, il aurait été inutile de convenir que la délégation se faisait *periculo mandantis*. Le délégant, suivant ce système, devant être considéré comme ayant fourni la valeur même donnée par le délégué, il est clair qu'il n'aurait pu prétendre à sa libération par la prestation d'un débiteur insolvable, puisqu'il n'aurait procuré qu'un engagement inefficace.

Digitized by Google

férents cas de délégation des solutions attribuées aux jurisconsultes qui écrivaient sous l'empire des dispositions de la loi Cincia. On peut se demander s'il est possible d'établir entre ces solutions un accord bien satisfaisant.

56. Nous examinerons d'abord une hypothèse prévue par deux jurisconsultes : par Ulpien (L. 2, § 2, D., *De donat.*), et par Hermogénien (L. 33, § 3, *eod. tit.*). Primus voulait faire donation à Secundus d'une certaine somme d'argent, et, de son côté, Secundus se proposait de faire en faveur de Tertius une donation dans la même mesure. Aucun des donateurs n'avait à sa disposition la somme qu'il désirait donner; mais ils sont également prêts à prendre l'engagement de fournir ultérieurement la somme en question. Dans ces circonstances, l'affaire aurait pu se conclure au moyen de deux stipulations, l'une intervenant de Primus à Secundus, l'autre de Secundus à Tertius. S'il en eût été ainsi, il n'y aurait eu que deux donations imparfaites. L'échéance arrivée, Primus, qui se serait repenti d'avoir fait une promesse, aurait pu s'en dégager, en repoussant, par l'exception de la loi Cincia, l'action de Secundus; et celui-ci, à son tour, aurait pu se comporter de la même façon vis-à-vis Tertius. Mais voilà que, pour simplifier l'affaire, Secundus persuade à Primus de s'engager directement envers Tertius, c'est-à-dire de se laisser déléguer. Ulpien déclare qu'à la suite de cet arrangement la donation est immédiatement parfaite à l'égard de tous les intéressés : *Inter omnes donatio perfecta est.* Même appréciation de la part d'Hermogénien, suivant lequel on doit dire, après la promesse de Primus à Tertius : *Perficitur donatio.*

57. Quelle est au juste la portée de la doctrine exprimée en termes identiques par les deux jurisconsultes, qui emploient le même langage, en attestant que la donation est *parfaite?* S'agit-il seulement d'autoriser Tertius à exiger de Primus l'exécution de sa promesse, sans avoir à craindre que ce dernier se prévaille des prérogatives qui appartiennent à un donateur attaqué par un donataire? Sur ce point il ne saurait y avoir de doute, attendu qu'entre Primus et Tertius il n'existe pas de relation permettant de traiter la promesse comme constituant une libéralité. Si Primus a répondu à l'interrogation de Tertius, ce n'est point pour gratifier ce-

Digitized by Google

lui-ci, mais bien pour accomplir une libéralité dont le destinataire est Secundus. Hermogénien fait une application de cette idée, en décidant que Tertius obtiendra une condamtion *in solidum*, et non pas uniquement dans la limite de ce que Primus est en état de payer, la faveur connue sous le nom de bénéfice de compétence ne pouvant être invoquée qu'autant que le donateur est poursuivi par celui à qui il a donné. L'exception de la loi Cincia sera donc mise de côté, suivant la règle ordinaire en matière de délégation, énoncée dans la loi 19, D., *De novat.*, règle d'après laquelle le délégataire n'a pas à subir les exceptions que le délégué aurait pu opposer au délégant. La chose est d'autant plus remarquable, que là où le délégataire tendait à réaliser un lucre, on permettait au délégué de paralyser par une exception de dol l'action du délégataire, si le délégué avait cru faussement être débiteur du délégant. Cette dérogation aux principes généraux de la délégation, basée sur la faveur que mérite celui qui cherche à éviter une perte en conflit avec celui qui s'efforce d'obtenir un gain, était admise par Ulpien, qui l'indique immédiatement après la décision dont nous venons de parler, au § 3 de la loi 2, *De donat.*, et qui la reproduit dans la loi 7, *pr.* D., *De dol. mal. except.*, en s'appuyant de l'autorité de Julien.

58. Mais du moins Primus, obligé de payer Tertius, pourra-t-il se faire indemniser, en s'adressant à Secundus, qui, lui, ne peut décliner cette qualité d'être son donataire? Nous n'hésitons pas à dire que les textes précédemment visés sont exclusifs d'un pareil recours. Remarquons d'abord que si Primus avait la faculté d'exiger de Secundus, son donataire, ce qu'il aurait fourni à Tertius, ce dernier, qui est donataire vis-à-vis Secundus, devrait à son tour désintéresser son donateur pour le préjudice qu'il lui aurait causé. En agissant contre Primus, Tertius demanderait donc ce qu'il serait tenu de restituer à Secundus; et il serait plus simple de faire échec à son action, suivant l'adage : *Dolo facit qui petit quod redditurus est.* — Il est évident que la pensée d'Ulpien et d'Hermogénien n'est pas seulement de maintenir les rapports obligatoires dépourvus du caractère de donation. Ils vont plus loin, et ils décident que, dans l'espèce, les actes qui ont été faits en vue d'une libéralité doivent être entiè-

Digitized by Google

rement respectés. Pour tous ceux qui ont participé à l'affaire, comme donateurs ou donataires, l'opération est consommée. *Inter omnes personas donatio perfecta est,* dit Ulpien. Cela signifie qu'il n'est plus possible de revenir sur ce qui a été conclu, malgré l'idée de donation qui y a présidé. La libéralité est définitivement accomplie, *Perficitur donatio,* répète Hermogénien. A l'égard de tous les intéressés il y a eu, en effet, donation, sauf diversité dans les rôles; mais pour tous également la donation se trouve parfaite. En réalité, il y a eu donation de Primus à Secundus, donation qui a consisté à procurer à Secundus le moyen de gratifier Tertius; cette première donation est irrévocable, et Primus doit en subir les conséquences. Il y a eu aussi donation de Secundus à Tertius, celui-là ayant fourni à celui-ci l'avantage d'acquérir une obligation qu'il aurait pu se réserver pour lui-même. Secundus a perdu absolument cet avantage, et il ne pourrait demander à Tertius de lui céder le bénéfice de la promesse qui lui a été faite. Secundus a joué deux rôles différents : il a été à la fois donataire et donateur. Quant à Primus et Tertius, étrangers l'un à l'autre au point de vue d'une donation qui les mette en rapport à ce titre, ils figurent dans les deux donations où est impliqué Secundus : Primus pour être donateur là où Secundus est donataire, et Tertius pour être donataire vis-à-vis Secundus. Mais il faut maintenir à l'égard de tous ce qui a été réglé pour constituer les deux libéralités, *Inter omnes personas perfecta est donatio.*

59. Si nous analysons l'opération qui est intervenue, en y appliquant les idées à l'aide desquelles les Romains expliquaient les divers effets de la délégation, nous trouvons dans la doctrine d'Ulpien et d'Hermogénien la confirmation de ce que nous avons dit plus haut à l'occasion d'une donation réalisée par voie de dation d'une somme d'argent fournie *spontanément*, en dehors de toute promesse. Les trois numérations feintes qu'il faut admettre dans l'espèce ont pour but de faire croire que les faits suivants se sont passés. Primus aurait compté telle somme à Secundus, qui l'aurait ensuite versée à Tertius, lequel à son tour l'aurait prêtée à Primus. Les deux premières numérations auraient eu lieu à titre gratuit, pour exécuter deux donations, celle que Pri-

Digitized by Google

mus veut faire à Secundus, et celle que Secundus veut faire à Tertius. Quant à la dernière numération, elle serait à titre onéreux, et aurait pour effet de justifier comment Primus est constitué débiteur vis-à-vis de Tertius. A ces fictions substituons la réalité. Primus, possesseur d'une somme d'argent, s'est décidé à s'en dessaisir au profit de Secundus, qu'il entend gratifier de cette somme; et Secundus a agi de la même façon pour enrichir Tertius. Cette donation a été exécutée par chacun des donateurs dès que la pensée en a été conçue, sans qu'il y ait eu aucun engagement contracté à ce sujet. Nous savons qu'en pareil cas la donation était de suite irrévocable et qu'il n'y avait point place à la *condictio indebiti* dans l'hypothèse d'une erreur de la part du donateur, qui, n'étant point débiteur, n'avait pu songer à faire un payement. Enfin Tertius, qui aurait touché la somme, aurait pu s'arranger avec Primus pour la lui prêter, et sanctionner, selon l'usage, ce prêt au moyen d'une stipulation. Les deux donations et le prêt auraient reçu immédiatement leur perfection, si les écus avaient effectivement passé dans ces diverses mains. Il doit en être de même, quoique ces différentes numérations ne soient que des suppositions. On peut dire, en ajoutant une hypothèse à celles prévues par Celsus, L. 21, § 1, D., *De donat.* : « *Perinde est ac si Primus* « *summam donaverit Secundo, ac si Secundus eamdem summam* « *Tertio donaverit, ac si illam Tertius Primo crediderit.* »

60. D'autres textes, également relatifs à la délégation, doivent être rapprochés de ceux que nous venons d'examiner. Il s'agit toujours de donations effectuées par l'emploi de la délégation. Seulement, les auteurs de ces textes, au lieu de laisser le donateur désarmé, trouvent moyen de lui accorder un recours, ce qui ne semble pas cadrer avec le caractère de *donatio perfecta*, que nous avons vu admis dans des circonstances analogues. Occupons-nous d'abord de la loi 21, D., *De donat.*, fragment de Celsus, que nous avons déjà eu occasion de citer. Il y est question de la délégation fonctionnant de deux manières différentes dans le but de réaliser une donation.

61. La première décision contenue au *principium* de cette loi, vise le cas d'un donateur, qui, pour gratifier quel-

Digitized by Google

qu'un, se laisse déléguer par celui-ci au profit d'un créancier de ce donataire qu'il prend l'engagement de payer. Le jurisconsulte se borne à dire que cet arrangement est valable (*pactum valet*), et que de la part du délégataire pour lequel il s'agit de recouvrer ce qui lui est dû, il y aura faculté d'exiger l'exécution de la promesse contractée envers lui. Il se tait, au contraire, sur la possibilité d'un recours qui serait ouvert au donateur contre le donataire. Ce silence est remarquable; car, si le droit de se faire indemniser par le donataire appartenait au donateur, la chose valait la peine d'être indiquée. Il est vrai que dans la loi 5, § 5, D., *De dol. mal. exc.*, Paul, prévoyant le même fait, tout en déclarant de concert avec Celsus que la créance acquise au délégataire doit être respectée, admet positivement qu'une *condictio* sera accordée au donateur à l'encontre du donataire, à l'effet d'obtenir sa libération ou la répétition de ce qu'il aurait payé. Nous reviendrons tout à l'heure sur cette situation; mais auparavant il convient d'épuiser le fragment de Celsus, qui, dans le § 1er, à propos d'une autre application d'une délégation faite *donationis causa* paraît bien, lui aussi, soumettre à un recours le donataire, de telle sorte qu'on pourrait conjecturer qu'il n'y a eu qu'un oubli de ce point dans le texte précédent, et qu'au fond la doctrine de Celsus était conforme à celle de Paul.

62. Dans le § 1er de la loi 21, il s'agit d'un individu, qui, pour réaliser une donation supérieure au taux de la loi Cincia (*immodicæ donationis causa*), délègue son débiteur à celui qu'il veut gratifier *ultra modum*. La première question que se pose Celsus est celle de savoir si le débiteur ainsi délégué pourra échapper aux poursuites du donataire en se réfugiant derrière l'exception de la loi Cincia. Sa réponse est que la chose n'est pas possible, et nous avons précédemment relevé cette solution, pour établir que Celsus, bien qu'il appartînt à l'école des Proculéiens, ne partageait pas l'opinion professée par cette école au point de vue du caractère *popularis* qu'elle attribuait à cette exception. Le raisonnement du jurisconsulte est celui-ci : le débiteur délégué a acquis sa libération vis-à-vis son ancien créancier; il est censé l'avoir payé et avoir conclu une affaire nouvelle avec le délégataire, lequel doit être considéré comme lui ayant fourni des fonds qu'il

Digitized by Google

aurait reçus du créancier originaire. Le passage de Celsus est un de ceux que l'on a l'habitude d'invoquer pour rendre compte de la façon dont les Romains interprétaient la délégation : « *Perinde est quasi exactam a debitore meo summam* « *tibi donaverim, et tu illam ei credideris.* »

63. En restant fidèle à cette explication, on voit que, si un payement est supposé, ce payement se place dans les rapports du délégué au délégant, c'est-à-dire entre le donateur et un tiers, tandis que le donataire (le délégataire) n'y joue aucun rôle. Grâce à ce payement imaginaire, le délégant est tenu pour avoir eu de l'argent à sa disposition, et on doit admettre qu'il a versé à titre gratuit cet argent dans les mains du délégataire, afin que celui-ci le prêtât au délégué. Nous retombons, par conséquent, dans une situation dont les règles ont été déjà fixées, celle où une personne, libre de tout engagement, compte à un autre une somme dont elle entend lui faire donation. Nous savons que la donation est immédiatement parfaite, ce qui se produit non seulement à l'occasion d'une numération effective, mais encore quand il y a eu lieu de recourir à des numérations feintes, ainsi que le décidaient Ulpien et Hermogénien à propos de la double donation dont nous avons exposé le mécanisme. Il nous est impossible d'apercevoir pourquoi le donateur, qui est toujours censé avoir fourni une somme d'argent à son donataire, serait lié irrévocablement quand il promet la même somme à un tiers que lui désigne son donataire devenant donateur à son tour, et pourquoi il en serait autrement quand il fournit à son donataire le moyen d'acquérir une créance. Dans les deux cas, le donataire doit profiter de la somme qu'il passe pour avoir reçue, et peu importe qu'il dispose de cette somme d'une façon ou d'une autre, soit pour lier son donateur de manière à se constituer lui-même donateur à l'égard d'un tiers, soit pour se procurer l'avantage de devenir créancier, comme s'il eût employé à faire un prêt la somme en question.

64. Tel n'est pas cependant le résultat auquel aboutit le jurisconsulte Celsus dans la première partie du § 1er de la loi 21, si la fin du texte énonce une doctrine qui lui appartienne en réalité. En effet, après avoir refusé au débiteur le droit d'échapper aux poursuites du délégataire, il accorde

Digitized by Google

au donateur ce qu'il appelle une action *rescisoire*, dans le but de faire réduire au taux fixé par la loi Cincia la portée de l'obligation contractée envers le délégataire, et dans le cas où celui-ci aurait été déjà payé, il permet au donateur d'exiger la restitution de ce qui dépasse le *modus legis*. En vain a-t-on essayé de dire que Celsus avait en vue une *condictio indebiti*, que le donateur avait agi sans doute par erreur, ignorant qu'il était protégé par la loi Cincia, et qu'il faut traiter un payement supposé de la même manière que si le payement avait été véritable. Il n'y a rien dans les faits prévus au § 1er qui se prête à la supposition d'un payement ayant pour objet de libérer le donataire. Ce dernier ne devant rien à personne, on ne peut imaginer qu'une dette ait été éteinte au profit de qui n'était pas débiteur. Ce qui est supposé ici en faveur du donataire par voie de délégation, ce n'est pas un payement libératoire pour lui, payement dont la matière n'existe pas; c'est une donation directe qui est admise au moyen d'une donation d'argent feinte, de manière à expliquer comment le donataire est devenu créancier de l'ancien débiteur du donateur, grâce à cette supposition que le donateur remboursé aurait fourni gratuitement au délégataire les écus que celui-ci est censé avoir prêtés au délégué. C'est bien ainsi que le jurisconsulte romain entend l'opération : « *Quasi* « *exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam* « *ei credideris.* »

65. Il est d'ailleurs bien hasardeux d'imaginer que Celsus songe à faire l'application du principe de la *condictio indebiti*, quand il n'y a pas la moindre allusion à l'existence d'une *erreur*. Ce qui serait dit par Celsus d'une façon absolue, c'est que toutes les fois qu'une donation réalisée par voie de dation d'argent (feinte ou réelle) dépasse la mesure autorisée par la loi, il y a ouverture à une action en *rescision*, dont le but néanmoins serait de faire rentrer la donation dans les limites de ce qui peut être donné. Cela constitue à nos yeux un double anachronisme, qui trahit la source véritable de cette dernière partie du texte. Sous l'empire de la loi Cincia, on ne connaissait pas d'action directe à l'effet de *rescinder* les actes accomplis contrairement à la loi. Sinon, il n'y aurait pas eu à respecter la situation du donataire d'un immeuble Italique, investi de la propriété et de la possession; sinon,

Digitized by Google

il n'y aurait pas eu difficulté à rescinder une acceptilation. — D'un autre côté, quand le donateur était en position de ressaisir ce qu'il avait donné, la donation tombait en totalité, faute de volonté suffisante, et n'était pas épargnée pour partie. Nous persistons donc à penser, comme nous l'avons déjà dit il y a une quinzaine d'années [1], que la fin du texte est une addition due aux compilateurs de Justinien, à une époque où toute donation excédant 500 *solidi*, tant qu'il n'y avait pas eu insinuation, restait inefficace au-dessus de cette somme, nonobstant la tradition. A défaut d'insinuation, la donation ne constituait plus une *justa causa*, et une *condictio ex lege* appartenait au donateur pour se faire restituer ce dont le donateur s'était enrichi au delà de 500 solides. L'interpolation devient évidente, si l'on se reporte aux scholies des Basiliques, qui prétendent expliquer la doctrine de Celsus [2].

[1] *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 80.

[2] Voici cette paraphrase, suivant la traduction que donne l'édition d'Heimbach : « *Sed ego, si debitor meus, nondum tibi solverit, possum ad-* « *versus debitorem meum movere rescissoriam in eam quantitatem quæ* « *excedit quingenta aureos, ita ut in reliquum tibi maneat obligatus. Sin* « *autem a debitore meo debitum prius exegisti, adversus te ago condictione* « *ejus quantitatis nomine quæ quingentos aureos excedit; manifestum* « *autem est me agere condictione ex lege.* » Les jurisconsultes de l'époque classique ignoraient une *condictio* dérivant de la loi Cincia. Il est difficile d'ailleurs de faire concorder les diverses décisions que Celsus aurait enseignées. Il commence par établir que tous rapports sont rompus entre le délégué et son créancier primitif qui est réputé avoir été payé. Néanmoins ce serait contre ce délégué (*adversus debitorem meum*) qu'une action serait accordée au donateur pour faire réduire l'obligation du délégué envers le délégataire. Cette procédure singulière priverait le délégataire, qui ne paraît pas mis en cause, d'une fraction de sa créance ; et en l'honneur de la loi Cincia il y aurait rétablissement partiel de l'ancienne créance, et, par conséquent, rescision d'un payement qui ne serait plus supposé avoir été fait que dans telles limites.

M. Gide (*Étude sur la novation*, etc., p. 419, note 2) explique la *condictio* autorisée par Celsus au moyen de considérations analogues à celles qu'il avait présentées plus haut, p. 412. Cette analogie nous paraît faire défaut, ainsi que nous cherchons à l'établir plus bas, n° 71. Les raisons invoquées par notre savant collègue, à l'occasion de la loi 5 § 5, *De dol. mal. exc.*, sont précisément celles qui nous ont déterminé (voir n° 68) à admettre comme sincère la décision donnée par Paul dans ce dernier texte ; et nous nous félicitons de nous être rencontré sur ce point avec M. Gide. Nous estimons comme lui qu'il est conforme à l'esprit de la loi Cincia de venir au secours de celui qui n'ayant fait qu'une promesse *donationis causa* a

Digitized by Google

66. Notre tâche n'est pas encore terminée sur ce point. Il reste à rendre compte d'une décision de Paul, dont nous avons déjà parlé, du § 5 de la loi 5, *De dol. mal. exc.*, où, à l'occasion d'une donation accomplie par voie de délégation, un recours est accordé au donateur contre le donataire. Ce texte reproduit l'hypothèse prévue par Celsus dans le *principium* de la loi 21, *De donat.*, savoir le cas dans lequel, pour faire une donation supérieure au taux de la loi Cincia, quelqu'un se laisse déléguer au créancier de celui qu'il veut gratifier. Les deux jurisconsultes sont d'accord pour sauvegarder les droits du délégataire, qui prétend seulement recouvrer ce qui lui est dû. Mais tandis que Celsus ne s'inquiétait que de la position du délégataire, Paul se préoccupe aussi de celle du délégué, et il lui ouvre une *condictio* contre le délégant, à l'effet d'obtenir sa libération ou de se faire rendre ce qu'il aurait payé. Il est bon de remarquer, du reste, que Paul autorise cette *condictio* d'une façon intégrale, et ne la restreint pas à ce qui dépasserait le taux de la loi Cincia, ce qui est conforme à la règle que nous avons admise à ce sujet.

67. Le texte de Paul est donc moins suspect d'interpolation que le § 1er de la loi 21, *De donat.*, et nous inclinons à penser que le § 5 de la loi 5, *De dol. mal. exc.*, exprime en effet sincèrement la doctrine de ce jurisconsulte. Sans doute, si l'on s'en tenait à l'explication ordinaire de la délégation, il faudrait dire qu'il n'y a pas eu dans l'espèce un payement fait par le donateur à la décharge du donataire. Quand un débiteur procure, au moyen d'une délégation, un nouveau débiteur à son créancier, c'est lui-même qui est censé avoir payé ce créancier, grâce à l'argent que l'on suppose lui avoir été fourni par le délégué, à qui il aurait été remis spontanément pour réaliser une donation. Cependant on comprend que Paul se soit écarté de ce point de vue, pour considérer le donateur qui vient promettre ce que devait le donataire, et le libère ainsi de fait, comme ayant *payé* effec-

procuré au donataire le même avantage que si une promesse directement faite à ce dernier eût été tenue pour obligatoire. Aussi le jurisconsulte Paul autorise-t-il la *condictio* pour la totalité, et non pas, comme le dit M. Gide, seulement pour l'excédant du *modus legis*. Du moment, en effet, où la volonté de donner est regardée comme imparfaite, il est logique de dégager entièrement le donateur.

Digitized by Google

tivement pour lui; et dès lors, a-t-on dit, si l'expromission, qui est fort analogue à un payement[1], avait eu lieu par erreur, il y avait ouverture à la *condictio indebiti*. En réalité, ce qui a été fourni ici par le débiteur, ce n'est point de l'argent, c'est une promesse. Or, la prestation d'une promesse autorise le droit de la répéter, quand elle est le fruit d'une erreur, suivant la loi 31, D., *De cond. ind.* Toutefois, cette faculté de répéter exige que celui qui a promis indûment se soit cru obligé de payer, ce qui est l'hypothèse de la loi 31. Cette circonstance fait précisément défaut dans notre espèce, où il s'agit d'un individu qui n'était aucunement lié; et, en dernière analyse, la décision de Paul ne nous paraît pas facile à concilier avec la théorie qui n'admet pas la *condictio* pour les sommes livrées spontanément *donationis causa*, même au-dessus du taux de la loi Cincia.

68. Pour notre part, nous serions disposé à entrer dans une voie plus large, en laissant de côté la condition de l'*erreur*, de manière à protéger non seulement celui qui s'est trompé, mais encore celui qui a cédé trop facilement à un penchant de libéralité; ce qui nous ramène aux idées servant de base au système de la loi Cincia. A notre gré, il serait possible, en se plaçant à ce point de vue, de se rendre compte de la doctrine professée par Paul. Cette doctrine, en effet, nous semble susceptible de se justifier comme étant parfaitement en harmonie avec l'esprit qui avait dicté les dispositions, fort incomplètes d'ailleurs, de notre loi Cincia. La donation étant un acte dangereux, on avait voulu mettre en garde contre des entraînements irréfléchis, et empêcher qu'un donateur ne se dépouillât trop facilement. Le fait de s'engager gratuitement par voie de promesse avait paru ne pas constituer une volonté suffisante, et, en règle générale, la réponse à une stipulation faite *donandi causa* ne liait pas efficacement le promettant, libre de se soustraire à l'exercice d'une action, grâce à la ressource d'une exception. N'existe-t-il pas, en réalité, la plus grande analogie entre ces deux situations : promettre à quelqu'un, par esprit de libéralité, 1,000 sesterces, par exemple, ou promettre de compter

[1] *Eam stipulationem similem esse solutioni*, selon l'observation de Vénuléius (L. 31 § 1, D., *De novat.*).

Digitized by Google

la même somme au créancier vis-à-vis lequel serait tenu, pour une égale quantité, celui qu'on veut gratifier? Le résultat est absolument le même en ce qui concerne le profit qu'en retirera le donataire et le dommage qu'en éprouvera le donateur. Sans doute, il est rationnel de mettre hors de cause les intérêts du délégataire, qui ne réalise pas un lucre, et qui ne doit pas se préoccuper des motifs pour lesquels s'engage à son égard la personne jouant le rôle d'*expromissor, ne curiosus esse videatur*, suivant les expressions de la loi 19, D., *De novat.* Mais quand il s'agit uniquement de régler les rapports du donateur et du donataire, il est fort logique d'admettre que celui qui ne doit pas s'enrichir en vertu d'une promesse faite à lui directement, promesse qu'on tiendrait alors pour inconsidérée, ne saurait obtenir le même avantage par la voie d'une promesse faite dans son intérêt vis-à-vis d'un autre. Si le donataire acquérait alors le bénéfice d'une libération, avec exemption de toute indemnité, on imposerait au donateur la même charge qu'au cas où la promesse de fournir gratuitement à un débiteur l'argent nécessaire pour acquitter sa dette aurait été reconnue obligatoire.

69. Ces observations nous paraissent autoriser la conclusion suivante : dans une législation qui relève de son imprudence celui qui a promis de donner, on ne devait pas tolérer que l'expédient de l'intervention d'un tiers permît de s'assurer irrévocablement le bénéfice d'une donation pour laquelle il n'y a eu autre chose qu'une simple promesse. Cependant, comme on ne peut ravir au stipulant l'avantage de l'affaire, qui pour lui n'a pas le caractère d'une libéralité, il faut bien accorder au promettant la faculté de répéter ce qu'il aurait payé à l'occasion d'une donation restée imparfaite dans les relations du donateur et du donataire. Il n'est même pas besoin d'attendre que le donateur ait été constitué en perte réelle par l'exécution de sa promesse; aussi peut-il avant l'échéance prévenir le préjudice auquel il s'est exposé, en exigeant que le donataire lui procure la libération de l'obligation qu'il a contractée. Mais nous serions porté à admettre que ce droit de répétition est indépendant de la condition d'une erreur; et, dans le fait, il n'y a rien, absolument rien, dans le texte de Paul qui fasse allusion à une erreur commise par le délégué. Cette circonstance d'une erreur se-

Digitized by Google

rait tout à fait indifférente pour dépouiller de valeur la promesse que le donateur aurait faite au donataire en personne. C'est une voie de repentir qu'on a voulu ménager à un homme dont la volonté manifestée seulement par une promesse est regardée comme insuffisante. Pourquoi faire découler du même acte un dépouillement irrévocable, qui enrichirait l'un de tout ce que l'autre perd, et réaliserait ainsi la perfection d'une donation, à la suite d'une promesse que le donataire aurait eu l'adresse de faire conclure avec un tiers, mais dont il est néanmoins le véritable bénéficiaire?

70. Serait-il possible de venir de la même manière au secours d'un donateur qui se trouve lié en vertu d'une promesse, dans l'hypothèse prévue par Ulpien et Hermogénien? (voir nos 56 et suiv.). Reprenons les personnages qui figurent dans cette affaire, avec les noms sous lesquels nous les avons désignés. Nous ne saurions admettre que Primus, tenu rigoureusement envers Tertius, qui n'est pas un donataire à son égard, ait le droit de rien répéter contre Secundus, parce que celui-ci n'a rien à rendre, attendu qu'il n'est rien entré dans son patrimoine, et qu'il a omis seulement de faire un gain détourné par lui sur la tête d'un autre. Remarquons, d'ailleurs, combien il serait bizarre de faire retomber le poids de l'affaire uniquement sur celui dont la position est le plus digne d'intérêt, puisqu'il n'a pris aucun engagement et n'a eu aucun profit, tandis qu'on ménagerait celui qui a eu l'imprudence de promettre et celui qui a bénéficié de la promesse. Autoriserait-on Secundus, après avoir indemnisé Primus, à se faire à son tour indemniser par Tertius? Il serait plus simple, comme nous l'avons fait observer, de permettre à Primus de tenir en échec la prétention de Tertius au moyen d'une exception de dol. Nous persistons à dire que la pensée des jurisconsultes est bien que la promesse faite par Primus doit être exécutée, sans que la porte soit ouverte à aucun dédommagement. Sinon, ils auraient eu tort de présenter, à l'égard de tous les intéressés, la donation comme étant irrévocablement consommée (*Inter omnes donatio perfecta est*). En résumé, il n'y aura eu ici qu'une promesse émanée de la part de celui qui avait l'intention de donner, et l'effet de cette promesse aboutira par elle seule au dépouillement du donateur.

Digitized by Google

71. Enfin, pour ce qui concerne la décision de Celsus dans le § 1er de la loi 21, *De donat.*, nous persistons à estimer que la dernière partie de ce texte est une interpolation dont nous avons indiqué les motifs. Dans l'espèce traitée par Celsus, il y a délégation de son débiteur faite à un tiers *donationis causa*, délégation qui est tout autre chose qu'une promesse, dont l'effet obligatoire était paralysé par une exception. Déléguer son débiteur équivaut à se dépouiller de la créance, à faire une *datio*, dont le montant est celui de la somme due par le débiteur délégué. C'est ainsi que l'acte est apprécié dans la loi 18, D., *De fidej*. Les conséquences de cet acte doivent être envisagées comme si en fait il y avait eu tradition de cette somme faite spontanément par celui qui n'y était tenu d'aucune façon; et nous savons qu'en pareil cas la donation était de suite irrévocable. Il est bien évident que l'expédient de l'interdit *utrubi* ne saurait être ici applicable, puisqu'il y aurait non-sens à rechercher entre quelles mains se seraient trouvés *majore parte anni* des écus que nul des plaideurs n'a, en réalité, possédés. Aussi restons-nous persuadé que Celsus n'avait pas imaginé d'accorder dans cette hypothèse une *condictio*, dont la mention ne doit être attribuée qu'aux compilateurs des Pandectes.

72. On peut invoquer en faveur de l'opinion que nous défendons une analogie tirée de ce qui était décidé à l'occasion du sénatus-consulte Velléien. La pensée de ce sénatus-consulte était de protéger les femmes qui, se faisant illusion sur les suites de leur intercession, se seraient engagées dans l'intérêt d'autrui. Mais elles restaient soumises au droit commun, quand elles avaient dû apprécier immédiatement les conséquences de l'affaire. Aussi leur était-il permis de payer la dette d'un autre, tandis qu'il leur était interdit de la cautionner. Or, une femme qui, en vue de libérer un tiers, aurait délégué son débiteur au créancier de celui-ci, était réputée avoir fait un acte semblable à un payement; elle s'était dépouillée définitivement sans être reçue à invoquer le bénéfice du sénatus-consulte Velléien, loi 8 § 5, D., *Ad S.tum Vell.* Il y a quelque chose de pareil dans les mesures édictées par la loi Cincia, afin de prémunir contre la précipitation des donations. Celui qui promet ne ressent pas de suite un préjudice à raison d'une promesse qu'il regrettera peut-

Digitized by Google

être bientôt. Mais celui qui se dessaisit gratuitement d'une somme d'argent accuse d'une manière assez certaine la volonté de donner; et il en est de même pour qui transfère à un autre l'avantage d'une créance lui appartenant. C'est comme si, ayant été remboursé, il eût employé à faire une libéralité les écus qu'il aurait touchés.

73. Au lieu de s'opérer par stipulation, la délégation pouvait, à l'époque classique, avoir lieu par l'emploi du contrat *litteris*, sur lequel les documents que nous possédons se réduisent à bien peu de chose. Celui qui voulait faire une donation à Titius, consentant à être inscrit sur les livres du créancier de Titius pour la somme dont ce dernier était débiteur, les choses se passaient comme s'il eût pris, au moyen d'un contrat *verbis* conclu avec ce créancier, l'engagement de payer la dette de Titius. On devait supposer que l'argent dû par Titius avait été remboursé par lui à son créancier, lequel l'aurait prêté au donateur. Le délégataire n'avait point à craindre l'exception de la loi Cincia, parce qu'il n'agissait pas en qualité de donataire. Seulement, la même difficulté se présentera pour régler les relations entre le délégué et le délégant, que celle qui a été examinée à propos de la délégation par voie de stipulation. L'affaire devait-elle être appréciée au point de vue d'une donation réalisée par voie d'une dation d'argent spontanée, ou bien comme un payement de la dette d'autrui, qui, fait par erreur, donnait ouverture à la *condictio indebiti?* N'y avait-il, enfin, autre chose qu'un engagement insuffisant, suivant nous, pour constituer une donation parfaite, quand il avait été pris par la voie de la stipulation, et qui ne devait pas avoir plus de valeur alors qu'il résultait d'une *expensilatio?* Nous ne reviendrons pas sur ces points déjà examinés à l'occasion de la délégation exécutée par la voie ordinaire du contrat *verbis*. Les deux situations, étant les mêmes, appellent les mêmes solutions; et sans doute les jurisconsultes romains, en présence des dispositions insuffisantes de la loi Cincia, avaient eu quelque peine à découvrir ici une voie de protection pour sauver les intérêts du donateur.

74. On peut discuter la question de savoir si l'*expensilatio* n'était usitée que pour remplacer une ancienne obligation par

Digitized by Google

une nouvelle, ou si elle pouvait servir également pour constituer *à priori* une dette, de manière à lier, comme s'il y avait eu un prêt effectué, celui qui aurait adhéré à une *expensilatio* dont le montant ne lui aurait pas été en réalité fourni. Dans ce dernier système, le contrat *litteris* aurait été un moyen de faire une donation. Le cas bien connu, cité par ValèreMaxime, de l'obligation obtenue par Otalitia, de la part de Visellius Varon, semble bien autoriser à admettre que le contrat *litteris* était une voie ouverte pour faire une donation directe. Toutefois, il n'est pas douteux que l'action dérivant de l'*expensilatio*, action qui était absolument la même que celle engendrée par une stipulation portant sur une somme d'argent, ne fût susceptible d'être repoussée par l'exception *legis Cinciæ*. N'oublions pas cependant que, la charge de la preuve incombant à celui qui invoque une exception, le donateur, qui joue le rôle de défendeur, devait démontrer que l'expensilation ou la stipulation avait été faite *donationis causa*, ce qui pouvait être nié de la part du demandeur. Ce dernier, grâce aux effets du contrat solennel intervenu, était dispensé d'établir qu'il avait fourni le montant de ce qui lui avait été promis ou avait été inscrit à titre d'*expensum* sur son *Codex* [1].

[1] Cette observation a cessé d'être exacte depuis l'invention de l'exception anormale désignée sous le nom d'*exceptio pecuniæ non numeratæ*, qui était inconnue à l'époque des grands jurisconsultes, et n'apparaît pour la première fois que dans des constitutions d'Antonnin Caracalla. Jusqu'alors le débiteur d'une somme d'argent, lié par un contrat *verbis* ou *litteris*, devait recourir soit à l'exception générale de dol, soit à une exception dite *in factum composita*, parce qu'elle énonçait le fait constitutif du dol; et on ne s'écartait pas des règles ordinaires sur la charge de la preuve en matière d'exceptions. C'est ainsi que les choses nous sont présentées par Gaius, IV, § 115, et encore par Ulpien, L. 4, § 16, D., *De dol. mal. exc.* De même, l'application de la loi Cincia donnait lieu à une exception *in factum*, quand le prétendu donataire soutenait être devenu créancier à titre onéreux. C'est pourquoi le § 310, *Vat. Fragm.*, mentionne l'exception de la loi Cincia comme pouvant se produire sous une double forme. Il s'agit, tantôt de l'exception dite simplement *legis Cinciæ*, tantôt d'une exception qualifiée *in factum*. La donation était-elle avouée, il n'y avait qu'à rechercher si elle était contraire à la loi Cincia, si elle dépassait le taux fixé, si elle s'adressait à un *persona non excepta*. Dans le cas, au contraire, où le demandeur prétendait n'être pas un donataire, l'insertion dans la formule d'une exception *in factum* autorisait le défendeur à prouver qu'il s'était obligé à titre gratuit (*si non donationis causa promisi*).

Digitized by Google

75. Nous avons peu de chose à dire sur un autre moyen de réaliser une donation, consistant dans l'abandon gratuit de son droit de la part d'un créancier qui entend libérer son débiteur sans avoir reçu aucune satisfaction, en un mot, sur ce que nous appelons aujourd'hui remise de la dette. Ici encore le droit commun était qu'une simple convention ne suffisait pas à éteindre l'obligation; il n'en résultait, au profit du débiteur, qu'une exception. Par conséquent, si le bénéficiaire du pacte de *non petendo* n'était pas au nombre des *personæ exceptæ*, pourvu que la libéralité fût supérieure au *modus legis*, la donation restait imparfaite. Le donateur, en effet, avait conservé son action, et il n'avait pas à craindre l'exception *pacti conventi*, qu'il pouvait écarter grâce à une réplique fondée sur la loi Cincia [1]. Pour arriver à l'anéantissement de la dette *ipso jure*, il fallait recourir à un mécanisme de paroles, formant la contre-partie de la stipulation et connu sous le nom d'acceptilation. Sans doute l'acceptilation n'opérait extinction absolue qu'autant qu'elle était appliquée à une obligation contractée *verbis*; mais, comme il était possible, par le procédé de la novation, de transformer une obligation quelconque en une obligation *verbis*, il y avait toujours une voie ouverte au créancier pour se ménager la faculté de faire une acceptilation.

76. Dans le cas où l'acceptilation avait été régulièrement faite, la donation se trouvait irrévocablement consommée, ainsi que l'atteste la loi 2, C., *De accept.* Il ne paraît pas que la circonstance d'une erreur sous l'influence de laquelle aurait eu lieu l'acceptilation, pût être invoquée. Nous avons vu cependant qu'à la suite d'une stipulation, si le payement avait été fait par erreur, le donateur était admis à répéter ce qu'il avait payé. C'est encore là une des conséquences de l'imperfection de la loi Cincia, qui n'autorisait pas la rescision des actes accomplis en contravention à ses dispositions. L'attention de l'auteur du plébiscite ne s'était pas portée apparemment sur un mode peu usité de réaliser une donation; et l'expédient d'une *condictio* était inadmissible, puisqu'on ne pouvait pas dire qu'il y avait eu payement d'une

[1] On a conjecturé avec beaucoup de vraisemblance que la loi 1 § 1, D., *Quib. mod. pign. solv.* contenait une allusion à cette application de la loi Cincia.

Digitized by Google

obligation de la part du donateur qui était censé avoir reçu ce qui lui était dû.

77. En résumant les observations que nous a suggérées l'examen de la matière, nous pouvons dire que nous avons rencontré un système des plus incohérents. Les mesures qui avaient été imaginées pour empêcher les donations trop considérables opèrent de la façon la plus inégale. Si la mancipation d'un immeuble Italique ne porte pas de suite une atteinte sérieuse à la fortune du donateur, il se trouve néanmoins immédiatement dépouillé dès que la tradition vient se joindre à la mancipation. — S'agit-il de meubles, l'abdication de la propriété et de la possession ne cause aucun préjudice, la perfection de la donation ne se produisant que dans un avenir éloigné; et la faculté de se rétracter reste largement ouverte. — Quant aux immeubles provinciaux, il y a absence complète de toute entrave. — En matière d'obligations, l'effet ordinaire de la promesse est paralysé par une exception; et, pourvu que le payement ait été fait par erreur, il y a concession d'une *condictio*. Hors de là point de répétition. Une somme d'argent a-t-elle été spontanément donnée, toute ressource fait défaut. La voie de la délégation offre, d'ailleurs, moyen de s'engager à titre de donation d'une manière irrévocable; et nous avons vu quelles difficultés présentait l'ouverture d'un recours du donateur contre le donataire. — Tant pis, enfin, pour celui qui a fait remise par le procédé de l'acceptilation. Dès qu'il a adhéré régulièrement à l'interpellation qui lui a été adressée, le sacrifice est consommé.

78. C'est donc à bon droit que la loi Cincia était qualifiée imparfaite. Il nous semble difficile de croire que l'ensemble des effets qu'on lui attribue fût le résultat d'un plan prémédité et consacré par des textes positifs. Ce qui est vraisemblable, c'est que l'auteur du plébiscite s'était contenté de relever de leur témérité ceux qui, pour faire une libéralité, avaient aliéné ou s'étaient obligés au delà d'une certaine valeur. Il n'avait prévu probablement que l'hypothèse d'une mancipation ou d'une promesse, et avait mis une exception à la disposition de ceux qui se repentaient, pour les soustraire aux conséquences de l'acte juridique qu'ils avaient accom-

Digitized by Google

pli. Tous les autres expédients furent sans doute l'œuvre de l'interprétation des jurisconsultes, qui n'étaient même pas d'accord sur la portée d'application qu'il fallait donner à la loi Cincia.

79. Le règlement adopté par Justinien nous paraît plus rationnel et surtout plus simple. Il n'y a plus à tenir compte des rapports existants entre le donateur et le donataire pour savoir si la donation est ou non autorisée sans limites. On se préoccupe seulement, sauf quelques rares hypothèses, de l'importance des biens donnés; et le chiffre qui devait être pris en considération fut définitivement fixé à 500 *solidi*. Au-dessous de cette valeur, liberté entière de donner; et même une simple convention, contrairement au droit commun, suffira pour obliger le donateur et fournir une action au donataire. Mais, au-dessus de ce taux, la stipulation reste impuissante à engager le donateur en ce qui dépasse les 500 *solidi;* de même, la tradition ne dépouille pas de la propriété au delà du chiffre déterminé, et la position du donataire ne pourra pas être consolidée au moyen de l'usucapion. Ce qui est nécessaire pour parfaire la donation au-dessus du taux indiqué, c'est la formalité de l'insinuation, c'est-à-dire la mention plus ou moins complète, nous l'ignorons, de la donation sur les registres des magistrats. Tant que l'insinuation, qui ne peut avoir lieu qu'au gré du donateur, n'est pas accomplie, le droit du donataire n'existe pas. Le défaut de cette formalité peut être invoqué par le donateur; et s'il vient à décéder avant l'insinuation, il transmet la même faculté à ses héritiers, sans qu'il y ait lieu à rechercher si le donateur est mort persévérant ou non dans la volonté de donner. La distinction à observer se réduit donc à ceci : jusqu'à à 500 *solidi*, la donation est débarrassée de toutes conditions de forme; au delà de 500 *solidi*, la mesure indispensable pour la perfection de la donation, mesure dont l'accomplissement est à la discrétion du donateur, consiste dans la formalité de l'insinuation. Quant au transport de la propriété *donationis causa*, Justinien n'a rien changé aux règles ordinaires; mais le donataire, qui peut se prévaloir d'une insinuation, s'il n'est pas investi du droit de revendiquer faute de tradition aura à sa disposition une *condictio ex lege* pour obtenir l'exécution de la donation. E. MACHELARD.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ D'ENREGISTREMENT ET DE TIMBRE[1]

CONTENANT LA REFONTE, PAR ORDRE MÉTHODIQUE, DES LOIS ET DES RÈGLEMENTS EN VIGUEUR ET UN TARIF COMPLET DES DROITS D'ENREGISTREMENT

à l'usage des employés de l'enregistrement, des officiers publics et ministériels, des avocats, hommes d'affaires et des fonctionnaires

Par MM. Ducroquet et Astrié, employés supérieurs de l'enregistrem

Compte rendu par M. Ernest Dubois,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Les ouvrages sur l'enregistrement et le timbre ne manquent pas; toutefois, il en manquait un du genre de celui que viennent de publier MM. Ducroquet et Astrié. Sous un volume relativement petit, il renferme tous les principes et fournit tous les renseignements nécessaires. Les indications y sont faites brièvement, mais elles sont accompagnées de la citation, soit des textes de loi, soit des arrêts ou jugements, soit des instructions, délibérations ou solutions de l'administration, soit enfin de passages des répertoires de Garnier ou du *Journal de l'enregistrement*. On a ainsi, résumée en peu de mots, la règle que l'on cherche et dont on veut connaître promptement la portée, sauf à se reporter aux sources d'où l'on voit que cette règle est tirée si l'on a besoin de plus de détails et si l'on a le temps d'y recourir.

Un pareil ouvrage est destiné à rendre de grands services à tous ceux qui désirent avoir sous la main une indication, à la fois facile à trouver et sûre, de manière qu'ils puissent, selon les circonstances, soit s'en contenter, soit la vérifier et l'approfondir. Il est vraiment ce que promet son titre, une refonte de toute la matière, en attendant la refonte officielle et légale qui soulève de si grandes difficultés et qui, sans doute, n'aura pas lieu de sitôt.

[1] Paris, Delamotte, 1878, XXVIII, — 332 pages in-8°; 6 fr.

Digitized by Google

Parmi ceux auxquels il peut être utile, je citerai, en première ligne, les notaires et les clercs de notaire; j'ajouterai les sociétés et compagnies civiles et commerciales, en particulier celles d'assurances; leurs membres et leurs agents trouveront des renseignements abondants et précis, dans des chapitres spéciaux, sur les droits de transmission auxquels sont soumises les actions et obligations de sociétés françaises ou étrangères et sur les taxes relatives aux assurances.

L'ouvrage est divisé en six titres : organisation de l'administration, enregistrement, timbre, droits de greffe, notariat, ventes publiques de meubles.

Les titres consacrés à l'enregistrement et au timbre tiennent naturellement la plus grande place (enregistrement, p. 49-220; timbre, p. 221-290).

Dans le chapitre où ils traitent des *principes de la perception,* les auteurs suivent l'ordre même des titres de la loi de frimaire; ils le divisent en autant de sections que la loi a de titres. Le seul changement consiste en ce qu'ils ajoutent une section spéciale intitulée : *insuffisance et dissimulation;* ils la placent entre celle des *valeurs sur lesquelles les droits sont assis* et celle des *délais pour l'enregistrement.*

Le tarif fait l'objet d'un chapitre spécial; celui des droits proportionnels est divisé en onze catégories : 1) transmissions entre vifs de meubles à titre onéreux, 2) d'immeubles, 3) transmissions entre vifs de meubles à titre gratuit, 4) d'immeubles, 5) mutations par décès de meubles et d'immeubles, 6) baux et antichrèses, 7) adjudications au rabais et marchés, 8) obligations, 9) cautionnements, 10) libérations, 11) condamnations, collocations et liquidations. Pour chacune de ces catégories, sauf la dernière, après l'énumération des actes passibles de droit proportionnel, vient celle des actes de même nature qui, par exception, ne sont passibles que de droit gradué ou de droit fixe. Le tarif des droits fixes est divisé en trois classes : 1) actes civils et administratifs, 100 numéros; 2) actes judiciaires, 70; 3) actes extra-judiciaires, 29; tous placés par ordre alphabétique qui, pour les droits fixes, est suivi plus rigoureusement que pour les droits proportionnels. — Des articles spéciaux concernent les droits de transcription perçus par les receveurs de l'enregistrement et les décimes. — Le même procédé est adopté pour les actes

Digitized by Google

à enregistrer en débet, gratis ou exempts de la formalité. — En ce qui concerne les droits gradués, l'ouvrage laisse quelque chose à désirer; au lieu d'une nomenclature, complète, on trouve des renvois qui demandent du temps et qui ne sortent pas assez bien le lecteur de tout embarras.

La partie relative au timbre n'était pas moins difficile à résumer que celle de l'enregistrement; les auteurs n'y ont pas apporté moins de soin.

Parmi les titres qu'ils ont eu la pensée d'ajouter à ceux de l'enregistrement et du timbre, je remarque celui du notariat, dont ils exposent, en une vingtaine de pages seulement, toutes les règles principales. — Puisqu'ils s'occupaient du notariat, ils auraient pu, sans trop grossir leur volume, y insérer le tarif des actes des notaires en prenant celui de Paris comme exemple, et y joindre quelques indications sur les honoraires en second et sur certains usages selon l'ancienneté ou la qualité des clients. Il y aurait eu là des renseignements utiles, que souvent on a de la peine à trouver, et qui auraient été fort à propos placés à côté de tant d'autres que les auteurs ont su si bien grouper.

L'impôt sur le revenu des valeurs françaises ou étrangères n'est point omis. Seulement, il forme un chapitre des droits d'enregistrement. C'est là un défaut de classement. Si l'impôt sur le revenu est perçu par l'administration de l'enregistrement, et si, à raison des problèmes juridiques qu'il soulève, il est assurément mieux placé entre ses mains que dans toutes autres, c'est pourtant un impôt qui, par sa nature même, diffère essentiellement de celui de l'enregistrement. Il eût été préférable d'en faire un titre à part.

L'exactitude et la facilité des recherches sont les deux premiers mérites d'un ouvrage comme celui de MM. Ducroquet et Astrié. Ils n'ont rien négligé pour y parvenir, et grâce à l'index alphabétique qu'ils ont placé en tête de leur livre, on peut, avec la plus grande rapidité, trouver tous les renseignements dont on a besoin.

C'est à peine s'il y a lieu de signaler quelques omissions excusables, à vrai dire, dans un ouvrage où devait trouver place un si grand nombre d'actes de toute nature. La principale de ces omissions est celle des servitudes et des droits d'usage ou d'habitation. Il n'en est fait mention ni dans le

Digitized by Google

corps de l'ouvrage ni à l'index alphabétique. On sait que l'exigibilité des droits d'enregistrement et de transcription sur les actes qui ont pour objet les servitudes et les droits d'usage ou d'habitation a donné lieu à des controverses; contestée par quelques-uns (Championnière et Rigaud, 3582, 3589), elle est admise par d'autres (Demante, n°s 21 et 296 de la 2e édition; n°s 24, 289-291 de la 3e, en cours de publication), et c'est dans ce dernier sens que l'administration s'est prononcée (Inst. 1205, § 13; Garnier, 15024, 5e et 6e éditions). Les auteurs du nouveau *Traité* ont, sans doute, considéré que les servitudes et les droits d'usage étaient compris par eux dans ce qu'ils disaient des *transmissions d'immeubles*. Il eût été utile de le dire expressément et de faire figurer à l'index chacun de ces mots, en renvoyant dans le corps de l'ouvrage, aux décisions qui fondent la perception à leur égard.

Avant de clore ce bref compte rendu, je dois dire un mot des quelques pages que MM. Ducroquet et Astrié ont mises en tête de leur *Traité* et qui renferment un exposé succinct de l'organisation de l'administration. Ils ont voulu donner une idée précise de la manière dont est réparti l'immense travail confié à cette administration, des mesures qui ont été prises pour assurer la régularité et l'uniformité des perceptions, des garanties qui résultent du contrôle à deux degrés exercé avec une grande rigueur. Ils y ont réussi. On est frappé, en lisant cet exposé, de l'étendue et de la variété des travaux qui sont imposés à tous les employés de l'enregistrement. C'est avec grande raison que les auteurs disent (p. 33) : « Le jeu de la loi du 22 frimaire a cela d'attachant, qu'il place, sur-le-champ, l'esprit au milieu des difficultés les plus ardues de la jurisprudence. Quelque grande que soit une question en elle-même, il est rare qu'elle ne grandisse pas ici par quelque complication nouvelle. » Enfin, c'est à juste titre qu'ils signalent la moyenne élevée d'intelligence et de savoir des agents à tous les degrés de cette savante administration, ainsi que l'esprit de droiture et de modération qu'ils apportent en général dans l'application des lois.

ERNEST DUBOIS.

Digitized by Google

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL MARITIME[1],

Par M. Arthur Desjardins, avocat général à la Cour de cassation.

Compte rendu par M. Charles Lyon-Caen,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

La marine marchande française est dans un état de décadence que personne ne cherche à contester. Il est hors de doute que le nombre des navires construits dans nos ports diminue sensiblement et que la proportion entre le pavillon national et les pavillons étrangers se modifie constamment au détriment du premier. Il n'y a de désaccord que sur les causes du mal et sur les moyens à employer pour y porter remède. Cependant par une singularité qu'il est difficile d'expliquer, jamais peut-être l'étude du droit maritime n'a été plus florissante en France; de nombreux ouvrages consacrés à cette branche du droit ont paru depuis une dizaine d'années, les uns donnent un commentaire complet du second livre du Code de commerce, les autres approfondissent quelques points particulièrement difficiles. Le traité de droit commercial maritime de M. Arthur Desjardins est appelé à occuper parmi les premiers un des meilleurs rangs. Le premier volume que nous annonçons, fait pressentir une œuvre considérable qui, par l'ampleur de son plan, la richesse et la variété des documents qu'elle contient et mentionne, n'a pas eu jusqu'ici d'analogue en France. Ce volume comprend un chapitre (p. 1 à 74) consacré au droit international maritime public, puis le commentaire des dispositions du Code de commerce et des lois accessoires sur les navires, les manières d'en acquérir la propriété, les privilèges sur les bâtiments de mer et leur vente sur saisie. L'auteur a conçu son œuvre sur un plan très vaste. Il ne s'est pas borné à donner une interprétation complète des articles du Code de commerce français en enrichissant son commentaire d'une étude approfondie de la jurisprudence. Il s'est attaché à présenter un aperçu des solutions que les lois des principaux pays maritimes ont données aux questions traitées par lui; les lois étrangères sont

[1] Tome Ier, 1 vol. in-8°, chez Pédone-Lauriel.

Digitized by Google

soigneusement analysées et sans cesse rapprochées des lois françaises comme elles ne l'avaient été jusqu'ici dans aucun de nos ouvrages de droit maritime. L'auteur a rendu là, selon nous, un éminent service à tous ceux qui étudient à un point de vue quelconque le droit maritime. En faisant connaître les lois étrangères, il nous fait comprendre les vices et les lacunes des nôtres et a ainsi bien mérité des législateurs de l'avenir. Mais ce n'est pas seulement au point de vue législatif que l'étude des lois étrangères ajoutée par l'auteur à son si complet commentaire du Code français, est très utile. Elle présente aussi une utilité très grande au point de vue pratique; la navigation maritime crée entre les diverses nations des rapports constants. La connaissance des lois étrangères est souvent indispensable pour résoudre les difficultés auxquelles le commerce de mer donne lieu.

A ce mérite d'une étude consciencieuse des lois étrangères, l'ouvrage en joint un autre. Des conflits naissent fréquemment entre les lois maritimes des différents peuples. M. Desjardins n'a jamais manqué d'aborder ces conflits et de chercher à les résoudre. La méthode qu'il a suivie est excellente pour faciliter l'examen des questions de droit international privé; il donne d'abord l'explication des lois françaises, puis passe à l'exposé des lois étrangères, et les conflits se présentent alors pour ainsi dire d'eux-mêmes.

Nous nous trouvons donc en présence d'un des ouvrages de droit les plus considérables et les meilleurs qui aient été entrepris dans ces dernières années. Mais quelques légères imperfections nous semblent exister dans ce premier volume. Nous ne les tairons pas; les éloges sans limites ne sont donnés en général qu'aux œuvres médiocres auxquelles des amis complaisants prodiguent des louanges afin d'effacer ou de prévenir l'impression fâcheuse de critiques trop justifiées.

Nous avons été surtout frappé d'une lacune. L'histoire du droit maritime n'est pas seulement intéressante; elle est indispensable à connaître. Nous n'en trouvons aucune trace dans l'œuvre de M. Desjardins. Sans doute il cite souvent et avec une science incontestable le Consulat de la mer, les rôles d'Oleron, etc... Mais il ne nous dit nulle part ce qu'on entend par là. Son silence sur l'histoire des sources du droit maritime empêche de comprendre la nature spéciale de do-

Digitized by Google

cuments qu'il cite. Il nous parle souvent du règlement de 1866; c'est là un acte d'une sorte toute particulière; il aurait été nécessaire d'en dire quelques mots. Il manque au livre de M. Desjardins une introduction dans laquelle il nous aurait présenté un tableau de l'histoire du développement du droit maritime et nous aurait exposé les principales divisions de cette branche du droit (droit maritime privé, droit maritime administratif, droit maritime international, etc.). L'absence de cette introduction empêche de bien saisir parfois le plan de l'auteur. On est surpris de trouver au commencement du volume des notions générales de droit international public maritime et de passer brusquement, sans transition, au commentaire du livre II du Code de commerce.

Sur les législations étrangères, les notions données dans notre ouvrage sont en général fort exactes. Mais rien n'est plus difficile que d'être parfaitement renseigné sur les lois des autres pays, et un auteur ne connaissant qu'un nombre limité de langues est presque toujours obligé de recourir à des traductions ou à des analyses faites de seconde main qui l'induisent en erreur. C'est ainsi que M. Desjardins (p. 85) se trompe en nous parlant d'une *loi autrichienne* récente contenant des dispositions sur les changements de noms des navires; il s'agit seulement d'un *projet* qui n'a pas été transformé en loi [1]. Notre auteur donne aussi une traduction certainement inexacte d'un article du Code de commerce allemand et en tire une conséquence qu'il ne renferme point. M. Desjardins donne de l'article 439 la traduction qui suit : « En cas de vente d'un bâtiment ou d'une part d'intérêt dans « un bâtiment, l'acte translatif de propriété requis par le « droit civil peut être remplacé par une convention portant « que la propriété passera immédiatement à l'acquéreur. » Cet article ainsi traduit est cité pour prouver que la vente d'un navire ne doit pas en Allemagne comme en France être constatée par écrit. En réalité, cette disposition n'a aucun trait à cette question. Dans le droit civil de plusieurs États de l'Allemagne la tradition est encore exigée pour la transla-

[1] Nous nous étonnons d'autant plus de cette erreur que M. Desjardins cite en note l'*Annuaire de législation étrangère* de 1877, et dans la notice contenue dans cet *Annuaire* et relative aux travaux du *Reichsrath* autrichien en 1876, nous parlions d'un projet de loi (et non d'une loi).

Digitized by Google

tion de la propriété, et l'article signifie que les parties pourront convenir que la tradition (*Übergabe*, que M. Desjardins traduit par acte translatif de propriété!) ne sera pas nécessaire, mais que la propriété sera instantanément transmise comme elle l'est chez nous de plein droit en vertu de l'article 1138 du Code civil. On comprend l'utilité d'une disposition de ce genre quand on réfléchit qu'il est souvent difficile de faire tradition d'un navire, par cela même qu'il est en cours de voyage.

Dans l'interprétation des lois maritimes françaises, l'auteur montre qu'il connaît à la fois de la façon la plus profonde et la matière spéciale qu'il traite et les principes généraux du droit civil auxquels il est à chaque instant nécessaire de se référer pour l'explication du Code de commerce. Cependant nous signalerons une petite inexactitude. Au n° 169, il parle du conflit entre les privilèges de l'article 2102 du Code civil et il dit : *Les frais faits pour la conservation de la chose sont privilégiés au troisième rang d'après l'article* 2102. M. Desjardins oublie ici que l'article 2102, à la différence de l'article 2101, énumère les privilèges spéciaux sur les meubles sans les classer; il n'est pas possible d'indiquer *à priori* le rang d'un privilège mobilier spécial, mais seulement de le classer en le supposant en conflit avec certains privilèges déterminés.

Sur les questions spéciales de droit maritime, on peut être sans doute en désaccord avec M. Desjardins, mais on ne saurait nier que ses solutions sont toujours très fortement motivées. Nous ne saurions ici parler de tous les points sur lesquels nous ne partageons pas les opinions de l'auteur. Nous signalerons seulement une question nouvelle sur laquelle M. Desjardins nous semble avoir fait fausse route et s'être mis quelque peu en contradiction avec lui-même. Il se demande (n° 211) si le tiers acquéreur d'un navire peut purger à l'égard des créanciers privilégiés comme il peut certainement le faire à l'égard des créanciers hypothécaires en vertu de la loi du 10 décembre 1874 (art. 19), et il tranche affirmativement la question. Il oublie ainsi ce qu'il avait décidé dans un autre passage de son excellent livre, où il admet à propos d'une autre question que la loi de 1874 n'a touché aux privilèges sur les navires que pour supprimer le privilège au prêt à la grosse fait avant

Digitized by Google

le départ. M. Desjardins blâme la doctrine de M. Laurin, selon laquelle la disposition de la loi de 1874 qui admet l'exercice de l'hypothèque maritime sur l'indemnité d'assurance implique que les privilèges peuvent être exercés aussi sur cette indemnité. Ne commet-il pas la même erreur que notre savant collègue d'Aix, en concluant de l'admission de la purge à l'égard des créanciers hypothécaires à sa possibilité contre les créanciers privilégiés? M. Desjardins est du reste obligé de créer en quelque sorte des formalités dont aucune loi ne fait mention. La loi de 1874 prescrit au tiers acquéreur qui veut purger de faire des notifications aux créanciers hypothécaires. Comment pourraient-elles être faites aux créanciers privilégiés? Le tiers acquéreur ne les connaît pas, puisque les privilèges sur les navires ne sont pas soumis, comme l'hypothèque maritime, à l'inscription. M. Desjardins mentionne bien l'objection, mais il croit l'écarter en disant qu'en notifiant le tableau des hypothèques le tiers acquéreur déclarera qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ, jusqu'à concurrence seulement de son prix les dettes *privilégiées*. Nous ne pouvons comprendre comment des notifications faites aux créanciers hypothécaires peuvent contenir des offres pour les créanciers privilégiés et mettre en demeure ces derniers qui n'en sont pas avertis. La vérité est que le législateur n'a pas pensé aux créanciers privilégiés et, comme la purge a un caractère exorbitant, elle ne doit pas être étendue en dehors des cas prévus formellement par les lois. D'ailleurs il faudrait, dans le système de M. Desjardins, accorder aux tiers acquéreurs le droit de purger même contre les créanciers chirographaires, puisqu'ils ont sur les navires un droit de suite de la même nature que celui des créanciers privilégiés. Nous ne méconnaissons pas qu'au point de vue législatif il serait bon et logique d'accorder aux tiers acquéreurs de navires le droit de purger à l'égard de tous les créanciers du propriétaire précédent; mais nous jouons seulement le rôle d'interprète et nous ne devons pas nous étonner qu'une loi faite dans un but tout spécial comme la loi sur l'hypothèque maritime n'ait pas mis les autres parties du droit maritime en harmonie avec la nouvelle institution.

Cela prouve qu'au point de vue de la concordance entre

Digitized by Google

toutes nos lois maritimes aussi bien que dans l'intérêt du relèvement de notre marine marchande, une révision complète du livre II du Code de commerce serait indispensable. Ce travail avait déjà été entrepris, et M. Desjardins cite souvent un projet de révision rédigé en 1867 par une commission extraparlementaire qui, à la fin du second Empire, était soumis au Conseil d'État. Espérons que cette œuvre sera promptement reprise. La France a eu l'honneur d'avoir une législation maritime qui a servi de modèle aux législateurs de tous les pays. Seulement, tandis que nous en sommes encore à peu près à l'ordonnance de 1681 dont le livre II du Code de commerce n'est guère que la reproduction, les autres pays ont fait des progrès et la législation maritime de la plupart d'entre eux est incontestablement meilleure que la nôtre. Dans ceux qui comme la Belgique, étaient régis par le Code de commerce français, on a fait ou on prépare une révision du livre II en y apportant des modifications profondes.

La France doit à son passé de ne pas rester au point de vue législatif en arrière des autres nations après avoir été pendant si longtemps à leur tête. Le jour où l'on se décidera à réviser nos lois maritimes, le livre de M. Desjardins sera d'un puissant secours au législateur. En attendant, il sera pour les jurisconsultes un des ouvrages les plus utiles à consulter et à méditer. CH. LYON-CAEN.

NOUVEAU COMMENTAIRE DES LOIS SUR LES BREVETS D'INVENTION

par M. MALAPERT, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel,
avec la collaboration
de M. FORNI, avocat à la Cour d'appel,

MONITEUR DU JURÉ D'ASSISES (extrait du Code-Manuel),

par M. Constant FENET, juge à Perpignan.

Compte rendu par M. G. DEBACQ, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Peu de lois ont été plus commentées que la loi de 1844 sur les brevets d'invention.

Explications, traités théoriques et pratiques, manuels,

Digitized by Google

études, se sont depuis trente-cinq ans accumulées les unes sur les autres; quelques-unes satisfaisantes, la plupart compilations pures et simples, assemblage de citations ou catalogue d'arrêts.

Il n'est pas un des articles de cette loi de 1844 qui n'ait eu à subir, après l'épreuve singulièrement périlleuse et décisive d'incessants débats judiciaires, la critique des commentateurs, et les dissertations des spécialistes. Nulle matière au surplus n'était mieux faite pour exercer la verve de ceux-ci.

Décisions de justice nombreuses, procès fréquents, un coin du droit où les questions de principes se doublaient de questions d'argent considérables, tout cela était de nature à exciter l'attention des publicistes qui, sans négliger la science proprement dite, bien entendu, ne voulaient pas oublier non plus le côté pratique des choses, et tout en faisant du droit, prétendaient ne pas perdre de vue le dossier et la clientèle.

Aussi n'est-il point facile à ceux qui abordent aujourd'hui la matière des brevets de rien faire de bien original.

MM. Malapert et Forni ont cependant tenté l'entreprise. Ils ont eu la pensée de faire un livre où, tout en usant des travaux antérieurement publiés, en mettant à contribution les ouvrages de leurs devanciers, en empruntant à ceux-ci ce qu'ils avaient émis d'idées justes ou d'aperçus ingénieux, on trouvât toutefois l'empreinte d'un caractère propre et d'une personnalité indépendante. Le nom seul de l'un des auteurs indique que rien ne devait être négligé dans le livre nouveau de ce qui pouvait le faire sortir de la banalité et du lieu commun. M. Malapert est un jurisconsulte de la vieille école, un savant, un chercheur. C'est un fureteur de documents, qui, quand il aborde une question ou un sujet, se garde des à peu près, et se considérerait comme coupable d'un véritable abus de confiance, si sur la simple affirmation d'autrui, et sans être lui-même remonté aux sources, il émettait une assertion, ou visait, ne fut-ce qu'en note, un texte législatif ou historique sans l'avoir au préalable vérifié.

Aussi avant d'aborder le commentaire proprement dit de la loi de 1844, M. Malapert a-t-il résumé en quelques pages tous les renseignements utiles sur l'état de l'industrie et la situation des inventions avant la promulgation de cette loi.

Digitized by Google

Les écrivains spécialistes s'étaient jusqu'à ce jour montrés peu soucieux de recherches historiques. Ils avaient trop le désir de se montrer avant tout hommes de pratique pour se livrer à des recherches qu'ils croyaient bonnes tout au plus pour des archéologues. On se contentait de dire que les brevets d'invention étaient, ce qui est vrai d'ailleurs, choses et créations nouvelles. On s'en tenait là. Cependant, comme l'écrivent à juste titre MM. Malapert et Forni, il n'est pas d'institution qui n'ait ses précédents. Il n'est pas si inutile que d'aucuns le croient ou du moins le disent, de connaître ce qu'étaient autrefois les privilèges et de quelle façon, à l'époque de ces « grands rois » que quelques personnages affectent de regretter, étaient traités les inventeurs et plus généralement les industriels d'alors. Il n'est pas mauvais que l'on dise qu'en plein XVIIIe siècle, privilège était donné à nous ne savons quel personnage pour la vente d'un cric circulaire, bien que l'examen de ce cric ne put révéler qu'il différât en rien d'essentiel d'une autre machine déjà connue. Il est bon de rappeler que l'intendant de Languedoc était chargé de fixer ainsi qu'il lui convenait le prix des cocons des vers à soie entre les fabricants privilégiés, et les éleveurs qui étaient forcés de vendre leurs produits à ces fabricants. Tâchons de ne pas oublier qu'avant la Révolution le droit au travail était un privilège, et que si le public n'était pas admis à profiter immédiatement des découvertes faites, ce n'était pas toujours dans l'intérêt légitime de l'inventeur, mais le plus souvent dans celui d'un favori ou d'une maîtresse que le droit de fabriquer l'objet inventé était réservé par le roi. S'il est permis aux esprits superficiels de passer légèrement sur cette introduction de cinquante pages que MM. Malapert et Forni ont placé en tête de leur livre, nul lecteur de bonne foi ne pourra, après l'avoir lue avec quelque attention, nier qu'il n'ait par cette lecture ajouté quelque élément nouveau à la somme de connaissances qu'il pouvait posséder déjà.

Ceux qui marchanderaient à la partie purement historique du traité de MM. Malapert et Forni l'intérêt que nous y attachons nous-même, ne pourront en tous cas refuser leur attention à l'étude des modifications apportées par la législation intermédiaire au régime de l'industrie, à la transformation du privilège des inventeurs sous le régime de l'ancien

Digitized by Google

droit en ce qu'on commence dès les premiers jours de la Révolution à appeler les brevets d'invention. Nos auteurs rappellent, analysent et discutent tous les documents relatifs à ces brevets, de janvier 1791 à 1844 : décret de vendémiaire an VII, décrets du 25 novembre 1810, du 13 août 1810, etc., et après un solide exposé de ces textes législatifs, résument et critiquent les travaux préparatoires de la loi de 1844.

Nous ne saurions à ce sujet constater sans un singulier plaisir que M. Malapert rend, au soin pris par les législateurs d'alors, de doter leur pays de bonnes lois, un plein et complet hommage. Il n'est de bons travaux législatifs que ceux qui se font dans un pays libre, et M. Malapert, dont les convictions républicaines n'ont pas besoin d'être rappelées, n'hésite pas à faire à cette période de la monarchie constitutionnelle cette justice qu'on y discutait librement, sans autre préoccupation que le bien public, des lois que les régimes suivants ont modifié quelquefois, mais qu'ils ont rarement réussi à rendre meilleures. Un examen rapide mais suffisant des lois étrangères sur les brevets d'invention, une dissertation intéressante sur le droit des inventeurs et la légitimité des brevets, un résumé des opinions les plus accréditées aujourd'hui sur cette matière complètent cette introduction.

Ce n'est donc qu'après avoir fourni aux lecteurs les idées générales, historiques, économiques ou comparatives qui peuvent présenter quelque utilité, que les auteurs du nouveau commentaire abordent article par article l'examen critique de la loi de 1844. Nous ne pouvons les suivre dans la discussion de toutes les questions auxquelles donne lieu l'application de chacun de ces articles. Qu'il nous suffise, après avoir scrupuleusement étudié leur œuvre, de résumer en quelques mots nos appréciations sur la méthode de MM. Malapert et Forni et le caractère particulier de leurs travaux. L'explication des divers articles est nette et précise. Pas de controverse inutile. Les auteurs procèdent de Proudhon et de Pardessus, bien plutôt que de Demolombe; ils font volontiers de la loi sur les brevets d'invention ce que MM. Aubry et Rau ont dans leur dernière édition fait du droit civil, en s'abstenant toutefois de jamais porter atteinte à l'ordre des articles : solutions nombreuses, un peu

Digitized by Google

sèchement motivées peut-être, mais où l'on trouve en somme, résumées avec la plus grande clarté les raisons qui ont déterminé l'opinion des auteurs. Rien qui ressemble à ces compilations hâtivement faites, grâce auxquelles de nos jours on s'attribue le droit de mettre son nom au dos d'un livre et de se poser en jurisconsultes.

Voici, par exemple, une question fort délicate : qu'arrivera-t-il si la découverte a été divulguée par une personne qui en a surpris le secret?

La Cour de Paris, dans un récent arrêt (14 juillet 1879), vient de décider « qu'il n'est pas possible d'admettre que la « loi qui protège les inventeurs et qui punit celui qui, tra- « vaillant pour le breveté, s'est livré à la contrefaçon, ait « permis que les droits des inventeurs fussent à la merci de « l'infidélité de l'ouvrier auquel il est obligé de s'adresser « confidentiellement, et *que les tiers puissent se prévaloir « d'une révélation coupable et d'une publicité résultant d'une « fraude*, alors qu'il est certain que l'inventeur n'a jamais eu « ni la volonté, ni l'intention d'initier le public au secret de « sa découverte et de lui en faire l'abandon.... » MM. Malapert et Forni professent une toute autre doctrine. Ils examinent à l'occasion de l'article 31, la question même que la Cour de Paris a résolu par l'arrêt que nous venons de citer. Ils la traitent dans les termes suivants :

« Il faut comme toujours raisonner avec sang-froid, et ne pas se laisser entraîner à violer la loi, sous prétexte d'obéir à l'équité; car l'équité prétendue se mesure à la portée de l'esprit de chacun, tandis que les textes écrits résument le travail accompli par des hommes sérieux en vue d'établir des règles générales. C'est pour cela que les anciens, rappelés par M. Troplong, se moquaient de cette équité cérébrine, ainsi nommée par ironie, parce qu'elle était la fantaisie de certaines cervelles. Or, en notre matière, la règle veut que la publicité antérieure vicie un brevet.

« Un industriel avait chez lui un associé, un commis, un contre-maître, un manœuvre devant qui il a essayé son invention. L'autre a quitté l'atelier et a pratiqué l'invention publiquement. A qui fera-t-on croire que l'inventeur ne sera pas le premier à s'apercevoir de l'abus et a en éviter les effets en allant au plus vite demander un brevet? S'il n'a pas su se

Digitized by Google

mettre en règle avec la loi, certes il n'est pas très intéressant, et puisqu'il a toléré que le public fut instruit de sa découverte, rien ne l'autorise aujourd'hui à se plaindre de sa divulgation.

« Par conséquent la publicité faite par un spoliateur nuira très certainement au spolié.

« 618. Certains jurisconsultes réservent le droit de l'auteur d'une découverte publiée par suite d'un abus de confiance, dans tous les cas et contre tous (M. Blanc, p. 474; MM. Dalloz, n° 71); mais la majorité des auteurs se prononce en notre sens (Not. M. Pouillet, n° 420; M. Bédarrides, n° 393).

« 619. Quoi qu'il en soit, n'oublions pas que la publicité émanant de ceux qui se sont frauduleusement emparés de l'invention, doit être complète pour être opposable au breveté (Rouen, 28 août 1857), ainsi que nous l'avons indiqué. Si elle était récente, elle ne suffirait pas toujours pour annuler le brevet. Il a été jugé en ce sens que le brevet n'a pas été invalidé par un autre brevet pris huit jours auparavant pour la même invention, lorsque le premier était le résultat de l'abus d'une communication faite par le véritable inventeur (Cass., 8 juillet 1848).

. . . . . .

« 621. En effet, si la publicité existe entière et complète, elle doit, nous l'avons dit, vicier le brevet postérieur. Le public qui rencontre et apprécie une invention a le droit de s'en emparer. »

Ce sont là les vrais principes, sobrement mais catégoriquement exprimés et déduits. Le passage que nous venons de reproduire donne d'ailleurs la note vraie du livre, et peut servir comme d'échantillon de la manière dont les auteurs ont compris le commentaire de la loi de 1844.

Ainsi citations discrètes des auteurs et de la jurisprudence, renvois suffisants aux ouvrages qui ont précédemment traité la question, indication des derniers arrêts rendus. Peut-être MM. Malapert et Forni auraient-ils pu, en citant l'arrêt, donner le nom et la page du recueil où il serait possible de le retrouver, mais en somme, l'opinion personnelle des rédacteurs du «nouveau commentaire» est exprimée sans hésitation. Rien en un mot qui ressemble moins à un répertoire, et qui soit plus franchement l'œuvre absolument

Digitized by Google

originale d'auteurs soucieux d'offrir aux lecteurs un travail réellement personnel.

Mentionnons comme particulièrement digne d'attention, le commentaire de l'article 46, le plus controversé de tous les articles de la loi de 1844 qui a fourni à M. Malapert l'occasion d'intéressantes dissertations sur l'influence au civil de la chose jugée au criminel à l'explication de l'article 47, etc.

Le commentaire de la loi de 1844 est suivi d'une instruction pratique comprenant à la fois les modèles d'actes et les formules de procédure, reliés les uns aux autres par des explications sur la marche à suivre pour arriver à l'obtention d'un brevet, pour contester, s'il y a lieu, le mérite du brevet obtenu par un tiers ou défendre le brevet attaqué.

Les auteurs ont estimé que, en pareille matière, le plus mince détail, comme la formalité, en apparence la moins importante, avait son intérêt véritable : alors que dans son introduction M. Malapert esquisse à grand trait l'histoire de la liberté industrielle en France, et discute en économiste émérite les problèmes les plus délicats que soulève, en théorie, le droit des inventeurs, et la conciliation de l'intérêt général et de celui de l'inventeur, il prend, dans son instruction pratique, soin de démontrer qu'à peine d'être stérile, la théorie ne devrait jamais faire bon marché des nécessités de la pratique.

Combien d'inventeurs qui jusqu'à ce jour ont consulté, sans y trouver autre chose que des controverses juridiques, les traités nombreux qui ont été publiés sur les brevets d'invention, remercieront MM. Forni et Malapert de leur avoir fourni un guide sûr et précis, qui leur épargnera les démarches compromettantes et leur permettra d'arriver sans embarras à l'obtention du brevet qu'ils convoitent, à faire, sans commettre d'erreur, saisir les objets contrefaits à leur préjudice, etc.

Il faut rendre hommage à la précision scrupuleuse des auteurs, au soin qu'ils prennent de ne rien laisser dans la matière qui les occupe d'incomplet et d'incertain. Voici comment débute leur instruction pratique :

« L'inventeur, qui veut obtenir un brevet, a tout d'abord à rédiger la description de son invention. Cette description

Digitized by Google

se nomme aussi mémoire descriptif dans le langage ordinaire et spécification dans le langage spécial du droit.

« Le titre doit indiquer sans fraude l'objet de l'invention. La spécification n'est pas forcément facile sur papier timbré. Elle est rédigée en deux exemplaires identiques : un original portant en tête le mot original, et une copie, portant en tête le mot copie.

« Si l'invention comporte des dessins, ils sont tracés à l'encre sur papier non timbré et d'après une échelle métrique. Il en faut également deux exemplaires conformes, un original et une copie, s'il s'agit de produits qui comme les produits chimiques, n'ont pas à être dessinés, l'inventeur en prépare deux échantillons. S'il s'agit de machines, il peut en faire deux modèles réduits.

« Dans les descriptions, dessins et légendes, il a soin de laisser une marge suffisante pour les mentions que l'administration est chargée d'y inscrire.

« Puis il rédige sa demande. Cette demande du brevet devrait, réglementairement, être faite sur papier timbré; mais le ministre tolère l'emploi du papier libre. En marge, à la partie supérieure l'inventeur écrit « demande d'un brevet d'invention. »

« Enfin il fait un bordereau des différentes pièces.

« Il se munit ensuite d'une enveloppe en papier non timbré assez grande pour renfermer, outre la demande et le bordereau, les deux exemplaires de la spécification et, s'il y a lieu, et si c'est possible, les échantillons et modèles. Il place toutes les pièces dans l'enveloppe, qu'il cachète et sur laquelle il appose une suscription indiquant : 1° qu'il sollicite un brevet d'invention; 2° qu'il a placé à l'intérieur les différentes pièces à l'appui de la demande.

Cela fait, il se rend chez le receveur du département, et lui verse une somme de cent francs à valoir sur les annuités à courir. Nanti du récépissé, il se transporte au secrétariat général de la préfecture. Il y remet le récépissé, plus, le prix du papier, sur lequel on lui délivrera copie du procès-verbal qui va être dressé. Il remet en même temps le paquet cacheté contenant les pièces. Il signe le procès-verbal de dépôt sur le registre *ad hoc* qui lui est présenté.

Ne terminons pas notre brève analyse sans signaler en

Digitized by Google

passant l'instruction relative à la saisie d'un brevet, la marche à suivre par l'adversaire d'un brevet, les demandes de renvoi devant la juridiction civile. Le tout est complété par une table analytique bien faite, bien comprise, à rubriques nombreuses qui permettent au lecteur de trouver rapidement dans le livre de MM. Malapert et Forni la solution qu'il cherche ou le principe dont il a besoin. Ajoutons que les auteurs ont, à la suite de chaque article de la loi, placé des sommaires, résumés substantiels de questions dont l'examen va suivre à l'occasion de cet article. Sommaires et tables complètent utilement l'œuvre de MM. Malapert et Forni.

Ces messieurs ont fait à la fois un livre savant et substantiel. L'union de ces deux qualités est assez rare pour qu'il soit permis, quand on la rencontre, de la signaler et d'y applaudir.

M. Fenet, juge au tribunal de Perpignan, autrefois avocat à la Cour de Paris, a entrepris une besogne d'un caractère tout différent.

Il s'est dit que les jurés associés par la loi à la grande œuvre de la justice criminelle apportaient le plus souvent, dans leurs difficiles fonctions, plus de bonne volonté et d'hésitations consciencieuses que d'aptitudes réelles à remplir la mission temporaire que la loi leur conférait. Il ne suffit pas d'appeler un homme à coopérer à un verdict d'où dépend la liberté, la vie, l'honneur d'un accusé. Il faut lui fournir les notions suffisantes pour qu'il se rende bien compte des devoirs qui lui incombent; donner à son inexpérience un guide sûr qui lui dise quel est exactement le rôle qu'il a à remplir, lui en fasse comprendre la délicatesse et l'importance; qui éclaire sa conscience sur les conséquences de la déclaration qu'il est appelé à rendre. M. Fenet a publié dans ce but un Code-Manuel du juré d'assises, dont la deuxième édition parue en 1876 est déjà épuisée. En attendant la troisième édition, il vient de publier sous le titre de « Moniteur du juré d'assises » ce qu'il appelle « l'a b c du juré ». Droits et devoirs des jurés d'assises avant l'audience, pendant l'audience, après les débats, sont résumés par l'auteur en quelques pages soigneusement et clairement écrites où les

Digitized by Google

données juridiques les plus précises s'associent aux considérations morales de l'ordre le plus élevé. Suit une sorte de catalogue des crimes pouvant donner lieu à un renvoi en Cour d'assises et immédiatement en regard l'énoncé des peines qui peuvent frapper les individus reconnus coupables de ces crimes, le tout complété par un exposé fort clair des principes relatifs à la tentative, à la complicité, à la récidive.

M. Fenet n'appartient donc pas à cette école qui prétend cantonner le jury dans la constatation matérielle et brutale du fait. Les jurés doivent connaître, pour rendre un verdict réellement sérieux, les conséquences mêmes de ce verdict. Ils doivent savoir ce qu'entraînera après elle la déclaration de culpabilité ou l'admission des circonstances atténuantes. Nous n'hésitons pas à considérer, tout comme M. Fenet, pareille connaissance comme indispensable aux citoyens qui viennent prendre place aux bancs du jury.

En matière criminelle moins qu'ailleurs ne mettons donc jamais, s'écrie M. Fenet, la lumière sous le boisseau; un juré ne saurait être trop instruit. Ce n'est pas là l'avis de tout la monde, il s'en faut et de beaucoup.

Nous ne saurions trop féliciter le consciencieux auteur d'exprimer avec autant d'énergie une idée quant à nous aussi juste. Il y a quelque courage à lutter contre les partis pris du corps auquel on appartient, et il ne faut point se dissimuler que parmi les idées les plus universellement admises par les magistrats chargés de la présidence des assises, l'une des plus solidement établies consiste à prétendre que le jury ne doit pas s'occuper des suites du verdict qu'il rend, qu'il ne doit pas même connaître la peine qui sera appliquée par la Cour ensuite de ce verdict. Que de fois nous avons vu des présidents, et non des moins distingués, imposer silence à l'avocat qui essayait timidement de mettre le pied sur ce terrain défendu ou prétendu tel de l'indication de la peine. Il faut donc remercier M. Fenet d'avoir courageusement exprimé son opinion et d'y persister sans hésitation.

M. Fenet n'est encore que juge.

Il deviendra certainement conseiller. Il sera président d'assises. Les choses changent d'aspect d'après le point d'où on les considère. Il appliquera, nous n'en doutons pas, les principes que nous trouvons dans le moniteur du juré.

Digitized by Google

Ces principes feront, espérons-le, leur chemin; il en est des principes comme de toute autre chose. Le vrai et le juste eux-mêmes ne sont que relatifs. Nous sommes convaincu, cependant, que M. Fenet président d'assises n'oubliera pas les opinions de M. Fenet juge. La société sera-t-elle compromise parce que les jurés seront plus instruits de leurs droits et de leurs devoirs, le président plus libéral et plus soucieux de donner à l'arrêt qu'il est appelé à rendre la base solide d'un verdict éclairé? Nous ne le pensons point non plus que M. Fenet. Celui-ci, d'ailleurs, ne laisse pas le libéralisme de ses opinions l'entraîner trop loin. Il trouve dans la pratique d'avocat ou de magistrat la force de résister au courant qui prétend aujourd'hui restreindre et diminuer le rôle de président d'assises. Il n'est pas satisfait des commissions d'office réservées au président, il réclame l'attribution au bâtonnier du droit de désigner un avocat à l'accusé quand celui-ci n'a pas fait choix d'un conseil; mais il est partisan et partisan convaincu du résumé. Le résumé pour lui est indispensable. Que certains magistrats en abusent, que quelques-uns se laissent entraîner par le souvenir de leurs anciennes fonctions au siège de ministère public, qu'ils se laissent aller à faire du résumé un réquisitoire, M. Fenet ne le nie point; mais on peut mettre fin à l'abus sans toucher à l'institution. Que le choix du garde des sceaux se porte moins souvent sur d'anciens membres du parquet, qu'il soit bien entendu que la chancellerie ne considérera plus, comme cela s'est vu malheureusement trop souvent, les condamnations obtenues comme des droits à l'avancement pour les présidents d'assises, que les présidences de chambre et les distinctions honorifiques cessent d'être attribuées aux magistrats qui se sont le plus distingués par l'*énergie* de leurs résumés que le respect des droits de la défense, la bienveillance au regard de l'accusé ne soient plus qualifiés en haut lieu de laisser-aller coupable ou de défaillance compromettante, et l'abus cessera bien vite.

Il faut laisser, dans un pays libre, à chacun sa part d'action et de responsabilité. Là où le contrôle de l'opinion publique peut s'exercer sans entraves, il n'est pas mauvais de maintenir au président d'assises le droit de diriger et de résumer les débats. S'il méconnaît son rôle et trahit, au profit de l'accu-

Digitized by Google

sation, les droits de l'homme qui, par cela seul qu'il est l'accusé, a droit aux égards et au respect de tous, il commet une faute et compromet son caractère, mais il importe de ne pas rendre la fonction responsable des fautes de ceux qui la remplissent. Il faut donc maintenir le résumé. L'Angleterre n'a jamais refusé à ses présidents le droit d'exprimer du haut de leur siège leur opinion sur les hommes et sur les faits qui sont déférés à la Cour qu'ils président. Nul ne réclame là-bas qu'on ferme la bouche au magistrat chargé de diriger l'audience et de guider l'inexpérience du jury. Le jour où les mœurs judiciaires auront fait en France les progrès que nous espérons, où chaque juré arrivera sur son banc avec la conscience entière de son rôle et l'intelligence de sa mission, le résumé ne sera plus à craindre. Le supprimer serait une faute. M. Fenet conclut donc énergiquement au maintien de l'article 336 du Code d'instruction criminelle. En somme, idées excellentes exprimées dans les meilleurs termes, modération en même temps que fermeté dans les doctrines, autant de libéralisme dans le commentaire que de respect pour le texte de la loi. Telles sont les qualités principales de ce petit livre que tout citoyen, avant d'aller prendre part aux délibérations d'un jury, devrait toujours consulter. De pareilles publications font honneur à leur auteur, et c'est avec une satisfaction véritable qu'après avoir lu le moniteur du juré nous adressons à M. Fenet l'expression de nos plus vives et plus cordiales sympathies.

GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

L'hypothèque légale du légataire porte-t-elle sur les immeubles légués par préciput et hors part à l'un des héritiers?

Par M. Léopold Thézard, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour d'appel.

Le tribunal de Montmorillon a jugé la question ci-dessus dans le sens de la négative le 13 août 1879.

Voici sommairement les faits qui avaient donné lieu au procès.

En 1855, Mlle d'A... était morte à l'Isle-Jourdain, arrondissement de Montmorillon, laissant une fortune immobilière considérable dans l'arrondissement de Saint-Malo, et seulement deux maisons à l'Isle-Jourdain.

Sa succession devait se partager entre ses quatre frères ou sœurs. Mais par son testament, elle léguait par préciput et hors part à deux de ses sœurs ses deux maisons de l'Isle-Jourdain, par indivis entre elles, à la charge de ne pas faire valoir des billets qu'elle leur avait souscrits.

Par une autre disposition, elle léguait à la commune de l'Isle-Jourdain une somme de 10,000 francs, pour l'aider à construire un hôpital, spécifiant que, jusqu'à la construction, l'intérêt à 5 p. 100 serait servi à la commune avec une affectation spéciale.

La commune de l'Isle-Jourdain omit de prendre inscription sur les biens situés à Saint-Malo, qui furent adjugés en 1857 à des tiers, et, par suite de la transcription, se trouvèrent libérés de l'hypothèque légale attribuée à la commune légataire par l'article 1017 du Code civil.

En 1877 seulement, le maire de l'Isle-Jourdain prit inscription sur les deux maisons de l'Isle-Jourdain léguées par préciput.

Ces maisons furent licitées entre les deux sœurs légataires et adjugées à l'une d'elles. Mais l'adjudicataire refusa de

Digitized by Google

payer la portion de prix qui revenait à sa sœur, à raison de l'inscription hypothécaire dont l'immeuble était grevé.

C'est alors que celle-ci assigna la commune de l'Isle-Jourdain en main-levée et radiation de cette inscription hypothécaire, comme ayant été indument prise sur un bien qui n'en était pas affecté.

La commune, pour soutenir la validité de l'inscription, invoquait une raison unique :

D'après l'article 1017, disait-elle, les héritiers ou autres débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement pour le tout jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs.

Or, l'immeuble légué, même par préciput, à l'un des héritiers, est un immeuble de la succession, sur lequel les créanciers héréditaires peuvent exercer leurs poursuites. Du moment où l'héritier a accepté purement et simplement, il ne peut, à l'égard des tiers, ni séparer sa qualité de légataire de celle d'héritier, ni diviser les biens qu'il recueille dans la succession.

L'hypothèque légale du légataire étranger atteint tous ceux qui ont la qualité d'héritiers ou de débiteurs du legs, et elle frappe d'une façon indivisible sur tous les biens qu'ils recueillent à cause de mort.

La demanderesse opposait à cet argument les raisons suivantes :

1° S'il s'agissait de deux légataires à titre particulier étrangers à la succession, l'un d'un immeuble déterminé, l'autre d'une somme d'argent, la question ne ferait pas de doute : le second n'aurait point d'hypothèque légale sur l'immeuble attribué au premier ; car pour être tenu, soit personnellement, soit hypothécairement, d'un legs, il faut être héritier ou débiteur du legs.

Le légataire d'un corps certain a, du jour de l'ouverture de la succession, un droit sur la chose léguée (art. 1014), droit qui n'est autre que la propriété, et qui, pour la possession seulement, est soumis à la condition de délivrance. Cet immeuble est donc en dehors de la succession, de l'universalité (sauf toutefois à l'égard des créanciers qui peuvent invoquer la règle : *nemo liberalis, nisi liberatus*).

2° Ce qui est vrai du légataire étranger à la succession

Digitized by Google

l'est également de l'héritier légataire par préciput, quant à l'objet de son legs : car rien n'indique que ce legs ait une nature différente de celle des autres. Il doit avoir la même plénitude, être également dégagé de toutes les charges héréditaires, conférer en un mot une propriété entière, telle qu'elle appartenait au testateur.

3° Le texte de l'article 1017, si on en rapproche les termes, conduit à la même conclusion. D'après la première partie, les héritiers ou autres débiteurs d'un legs sont tenus personnellement de l'acquitter proportionnellement à ce qu'ils prennent *dans la succession*. Que comprend ici la succession? Uniquement ce qui est déféré *ab intestat* ou à titre universel. L'héritier qui serait légataire par préciput et à titre particulier de la portion la plus considérable de la succession, ne serait néanmoins débiteur des legs, comme des dettes de la succession, que proportionnellement à la part héréditaire : *æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

Si le mot *succession*, employé pour désigner la mesure de l'obligation personnelle, ne comprend pas les biens légués par préciput, il ne les comprend pas davantage quand, dans la suite du texte, il est employé pour indiquer la mesure de l'obligation hypothécaire. Lorsque la loi dit : « ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles *de la succession* dont ils sont détenteurs, » il ne faut donc comprendre dans la succession que les biens transmis, soit *ab intestat*, soit par une disposition universelle ou à titre universel. La mesure de l'action personnelle et celle de l'action hypothécaire sont différentes : mais elles sont établies l'une et l'autre d'après une base commune, savoir ce qui compose la succession proprement dite.

4° Faire porter l'hypothèque légale des légataires particuliers de sommes d'argent sur les immeubles légués à titre particulier, soit à des étrangers, soit à des héritiers, ce serait établir une préférence au profit des légataires de sommes d'argent : il faudrait aller jusqu'à dire que si divers héritiers étaient également légataires par préciput, les uns de sommes d'argent, les autres d'immeubles déterminés, les premiers auraient hypothèque légale sur les biens légués aux autres. Ce résultat est inadmissible. Si les legs doivent subir une

Digitized by Google

réduction, elle doit être faite au marc le franc entre tous les legs, et la préférence ne peut avoir lieu que si le testateur l'a expressément établie (art. 926, 927).

Une opinion appuyée sur de fortes autorités soutient même que les legs de corps certains doivent toujours, même sans déclaration expresse, être acquittés par préférence aux legs de sommes d'argent, lorsqu'il y a lieu à réduction, soit par suite d'excès sur la quotité disponible, soit pour toute autre cause. Cette opinion peut se fonder sur l'indivisibilité *solutione tantum* qui résulte de toute obligation « lorsqu'elle est d'un corps certain » (art. 1221-2°).

Si l'on ne veut pas aller jusque-là, il faut au moins reconnaître que les legs de sommes d'argent ne peuvent primer les legs d'immeubles, résultat qui se produirait si l'on étendait l'hypothèque légale de l'article 1017 sur les immeubles légués à titre particulier.

5° Un argument *à fortiori* est fourni par l'article 857 du Code civil, d'après lequel « le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier; il n'est pas dû aux créanciers ni aux légataires de la succession. »

De là résulte que si un des héritiers est légataire, même sans clause de préciput, d'un objet déterminé, il a le droit, à l'égard des créanciers et des autres légataires, d'être considéré comme un légataire étranger, et de recevoir son legs comme s'il était en dehors de la succession. On enseigne généralement, il est vrai, que l'article 857 ne peut concerner que les donations sujettes à rapport, et non les legs : cela tient à ce qu'on a envisagé la question seulement au point de vue des créanciers, à l'égard desquels la règle *nemo liberalis nisi liberatus* fait considérer les biens légués comme dépendant toujours de la succession; mais il suffit de remarquer qu'il en est ainsi même pour le légataire étranger. Le texte ne faisant d'ailleurs aucune distinction, l'article 857 soustrait à l'hypothèque légale de l'article 1017 les biens légués, même sans clause de préciput, à l'un des héritiers, au même titre que ceux qui seraient légués à un étranger.

A plus forte raison, quand le testateur lui-même a dispensé le legs du rapport *à la succession*, en le faisant par préciput et hors part, l'immeuble qui en fait l'objet n'est-il pas affecté aux autres légataires?

Digitized by Google

6° Enfin, la raison qui doit dominer toutes les autres, c'est que l'hypothèque légale du légataire n'est donnée que pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, et par suite est elle-même subordonnée dans son étendue à cette volonté. La loi belge a sanctionné cette manière de voir, en substituant à l'hypothèque légale une hypothèque testamentaire. Même sous l'empire du Code français, il est reconnu que le testateur peut limiter, explicitement ou implicitement, l'hypothèque légale de l'article 1017 (Demolombe, sur l'article 1017; Dalloz, Code civil annoté, *ibid.*). Le testateur qui fait un legs par préciput au profit d'un de ses héritiers, annonce par là même l'intention que ce legs ait un effet plein et entier, et ne soit pas indirectement atteint par une cause d'éviction quelconque : or, il créerait cette cause d'éviction en laissant porter sur le bien légué l'hypothèque légale d'autres légataires. (Dans l'espèce, cette intention était d'autant plus certaine que le legs était fait sous la condition que les héritiers auxquels il s'adressait ne feraient pas valoir les billets dont ils étaient créanciers ; il y avait plutôt une *datio in solutum* qu'une véritable libéralité.)

Ce système a été admis par le tribunal de Montmorillon, qui nous semble avoir exactement interprété le texte et l'esprit de la loi. LÉOPOLD THÉZARD.

DU RAPPORT FICTIF

POUR LE CALCUL DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE,

Par M. H. LESPINASSE,
Premier avocat général près la Cour d'appel de Pau.

L'article 922 du Code civil est ainsi conçu :

« La réduction des dons et legs se détermine en formant « une masse de tous les biens existants à l'ouverture de la « succession. On y réunit *fictivement* ceux dont il a été « disposé par donation entre-vifs d'après leur état à l'époque « des donations, et leur valeur au décès du testateur. On « calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes,

Digitized by Google

« quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse « la quotité dont il a pu disposer. »

Cet article a, dans la doctrine et dans la jurisprudence, une monographie très complexe, marquée par des péripéties heureusement très rares dans l'application des lois.

A l'origine, il fut interprété dans le sens restreint que paraissait imposer la rubrique de la section dont il fait partie, intitulée : « *De la réduction des donations et legs.* »

Les premiers arrêts intervenus sur la composition de la quotité disponible jugeaient que la réunion fictive devait avoir lieu uniquement lorsque les dons et legs paraissant excessifs, la réduction en était demandée par des héritiers à réserve.

Cette interprétation semblait trouver un appui dans l'article 857, suivant lequel le rapport n'est jamais dû aux légataires.

On décidait, en conséquence, que le successible, légataire par préciput de la portion disponible, ne pouvait exiger de ses cohéritiers le rapport fictif de leurs avancements d'hoirie pour calculer la valeur de son legs, et que les biens existant au décès devaient seuls servir à déterminer l'étendue de la libéralité. La Cour de cassation allait jusqu'à déclarer ce mode de supputation obligatoire, alors même que le testateur aurait manifesté expressément une intention contraire. On pourrait citer dans ce sens un grand nombre de décisions. Indiquons seulement celles du 12 février 1824, du 8 décembre de la même année, et du 5 juillet 1825.

Le signal d'une jurisprudence différente fut donné par la Cour de Pau en 1820. Son arrêt fut cassé et le procès renvoyé devant la Cour d'Agen, qui jugea de la même manière par des motifs évidemment empruntés à la dissertation remarquable de M. le conseiller Basele de Lagrize, insérée dans le recueil de Sirey, t. XXIV, 2e partie, p. 288. Sur un nouveau pourvoi, le procureur général près la Cour suprême crut devoir persister dans la doctrine acceptée jusque-là sans contestation. Mais les chambres réunies sous la présidence du garde des sceaux rendirent, le 8 juillet 1826, le célèbre arrêt, Saint-Arroman, qui renversait de fond en comble l'ancienne théorie. Elles déclarèrent que l'article 922 étant la seule disposition du Code où le mode d'évaluation de la quotité

Digitized by Google

disponible se trouvât indiqué, il fallait nécessairement y recourir dans tous les cas, malgré la rubrique limitative de la section dans laquelle ce texte était placé.

L'arrêt ajoutait que l'article 857 n'avait rien de contraire à cette interprétation, que le rapport dont il prohibait l'application était le rapport réel et non le rapport fictif. Le premier aurait seul porté atteinte à l'irrévocabilité des dons antérieurs; le deuxième les laissait subsister intégralement en ne permettant d'exécuter que sur les biens existants au décès, la quotité disponible calculée sur la masse entière.

Cette doctrine nouvelle fut accueillie avec une extrême faveur par les juristes et dans les tribunaux. Elle avait été déjà professée par de graves auteurs : Duranton, Vazeille et quelques autres. Sirey l'annonçait en ces termes dans son recueil : « Grand événement pour le monde judiciaire! « honneur aux Cours d'appel dont la persévérance vient d'ob- « tenir un si beau triomphe! Honneur aux jurisconsultes de « forte trempe qui, sachant penser par eux-mêmes, ont sou- « tenu leur opinion, malgré l'autorité de quelques arrêts! »

Une nuance plus délicate devait s'offrir bientôt à la controverse.

L'arrêt Saint-Arroman s'appliquait exclusivement aux avancements d'hoirie dont il exigeait le rapport fictif pour calculer la quotité disponible. La question ne tarda pas à se présenter pour les partages d'ascendants.

Dans une espèce soumise à la Cour de cassation, le 26 avril 1836, il s'agissait de savoir si le partage anticipé fait par le roi Louis-Philippe, entre ses enfants, au moment de son avénement au trône, était une donation ordinaire sujette aux droits établis par la loi fiscale pour ces sortes de libéralités, ou un véritable partage uniquement soumis à la taxe plus restreinte des mutations par décès. Dans la discussion approfondie qui précéda l'arrêt de la Cour suprême, on produisit une savante consultation de Championnière et Rigaud où se trouvaient exposées les différences profondes entre l'avancement d'hoirie et le partage anticipé, appelé autrefois démission de biens.

Suivant d'Argentré (sur l'ancienne coutume de Bretagne), la démission de biens n'était pas seulement une abdication

Digitized by Google

faite au successible pour sa subsistance, mais une concession totale de l'hérédité future. Il n'était même pas nécessaire, d'après Lebrun, que le mot *démission* y fut employé; il suffisait qu'en fait, l'abandon eût un caractère manifeste de généralité (Lebrun, *Successions,* livre Ier, ch. I, sect. 5, n° 8), ou, selon Merlin, que la donation fût universelle (*Répertoire*, DÉMISSION DE BIENS).

Nul acte n'était plus fréquent dans notre ancien droit, au témoignage des mêmes auteurs. Il pouvait même arriver que le père de famille n'opérât pas personnellement entre les donataires la répartition des biens dont il les investissait; la nature de la libéralité n'en était pas modifiée.

Dans une lettre du 22 juillet 1731 sur l'ordonnance de la même année, d'Aguesseau expliquait pourquoi dans son œuvre législative il ne s'était pas occupé des démissions de biens; c'est, disait-il, parce qu'elles appartiennent « non à « la matière des donations, mais à celle des partages. »

Le Code civil semble s'être conformé à cette distinction, en consacrant dans le titre des donations et testaments une section spéciale aux partages anticipés. Si, dans le projet du Code, un article portait que l'usage des démissions de biens serait aboli, c'était seulement (d'après le texte même soumis au Conseil d'État) la *révocabilité de ces sortes d'actes qu'on entendait supprimés;* aussi la Cour de cassation, dans un arrêt de 1816 (P., 17, 1, 372) qualifiait-elle de *démission de biens* un partage anticipé dont elle admettait la parfaite validité. Or, la démission de biens, d'après le nouveau Denisart, n'était ni un don entre-vifs, ni une donation à cause de mort; mais une disposition d'un caractère particulier. La Cour suprême exprimait la même pensée dans un arrêt du 10 décembre 1829, en définissant le partage d'ascendants : « *Un genre de libéralité* qui tient le milieu entre la disposi- « tion entre-vifs et les transmissions par décès. » Enfin en rendant simplement facultative pour les partages d'ascendants la transcription rigoureusement exigée pour les donations ordinaires par l'article 929 du Code civil, la loi du 28 avril 1816 (art. 54) a clairement indiqué la séparation profonde qui existe entre ces deux espèces de libéralités. Telles furent les considérations qui déterminèrent la Cour suprême a décider que la donation litigieuse, étant un partage

Digitized by Google

d'ascendants, ne devait être assujettie qu'aux droits de mutation par décès.

En 1844, la difficulté se présenta sous un autre aspect : un père, distribuant à ses enfants la plus grande partie de ses biens, en avait retenu quelques-uns et avait stipulé dans l'acte que, *s'il lui convenait, plus tard, de donner la portion disponible, elle serait calculée, en réunissant fictivement à la masse, les biens compris dans le partage.* La Cour d'Agen ayant appliqué l'article 922, la Cour de cassation après avoir soigneusement reproduit les termes de la clause, jugea que *dans ces circonstances de fait* l'article 922 était *la loi des parties.*

Si dans la pensée de la Cour, le rapport fictif avait été de droit commun, en matière de partage anticipé, elle n'aurait certainement pas manqué de le dire en ajoutant que ce mode de supputation était *à forttori* obligatoire, quand la réserve formelle en avait été faite par le disposant (Sirey, 144, 1, 227).

La question fut encore plus nettement posée lors de l'arrêt de 1845 que nous allons analyser.

Il s'agissait de savoir si les partages d'ascendants sont de purs avancements d'hoirie et s'ils doivent être réunis *fictivement* à la masse héréditaire pour calculer la portion disponible que le donateur a léguée par un testament ultérieur. On doit regretter que le rapport du savant conseiller Lasagni n'ait pas été publié, car il devait contenir des développements du plus haut intérêt. Toutefois le texte de l'arrêt dont la rédaction est due, sans aucun doute, au même magistrat, expose avec tant de force la théorie dont il découle qu'il est difficile de ne pas en recevoir une impression profonde. La démission de biens, dit en substance l'un des considérants, n'a pas seulement pour effet de dessaisir immédiatement et irrévocablement le disposant comme une donation ordinaire; elle fixe sur la tête des bénéficiaires *tout ce qui, dans les biens partagés, concerne la portion disponible aussi bien que la réserve.* Il suit de là que le règlement d'intérêts à faire entre les successibles, après le décès de l'ascendant, portera exclusivement sur les biens par lui retenus ou acquis à nouveau; que, par conséquent, cette masse devra seule servir de base au calcul de la portion disponible ultérieurement

Digitized by Google

léguée, et qu'aucun rapport fictif ou réel ne devra y réunir les biens déjà transmis.

La jurisprudence et la doctrine suivirent docilement, durant quinze années, la voie qui leur était ouverte ; mais tout à coup, en 1860, un revirement complet se manifesta dans un arrêt de la Cour suprême ; il fut jugé que si le rapport réel n'était pas dû au légataire de la quotité disponible, à raison de la prohibition formelle écrite dans l'article 857, le rapport fictif n'était pas moins imposé par l'article 922.

Nous avons bien souvent relu cet arrêt et nous avouons n'avoir jamais pu saisir la valeur juridique des motifs sur lesquels il se fonde.

On sait combien la Cour de cassation se montre attachée à ses précédents, et l'on comprend, en effet, combien il importe qu'elle ne se laisse pas facilement entraîner à modifier des solutions sur la foi desquelles les droits des justiciables ont été longtemps appréciés.

Elle avait donc à renverser doctrinalement sa propre théorie. Or, voici l'argument unique qui fut employé pour atteindre ce but.

Depuis 1845, on avait décidé plusieurs fois que la prescription contre l'action en rescision des partages anticipés ne commençait pas à courir avant le décès du disposant. Or, disait le rapporteur de 1860, si le partage doit être respecté jusqu'à l'ouverture de la succession, ce ne peut être qu'à raison de son caractère provisoire, d'où suit la nécessité d'un règlement définitif à l'ouverture de la succession et par conséquent l'obligation de réunir fictivement à la masse les biens déjà distribués, pour calculer la quotité disponible.

En toute sincérité, il nous est impossible d'apercevoir la portée de cet argument. L'arrêt de 1845 ne dit pas et ne pouvait pas dire que les démissions de biens n'étaient sujettes à aucun recours, puisque l'article 1079 porte expressément le contraire.

Ces partages peuvent, en effet, être entachés de lésion et il eût été trop injuste qu'un tel vice ne pût être corrigé, Mais de ce que l'inégalité des lois doit être réparée, il ne s'ensuit pas que ce redressement ne puisse être opéré sans aucune confusion des biens partagés avec les biens restants.

Digitized by Google

Il fallait seulement préciser l'époque où l'erreur pourrait être rectifiée. Le législateur ne s'étant point expliqué à ce sujet, la jurisprudence comblant cette lacune, avait jugé qu'il serait immoral de déclarer déchu de tout recours un fils que le respect de l'autorité paternelle aurait empêché d'attaquer le partage durant la vie du donateur. Elle avait pensé encore que l'inégalité des lots ne violait aucun droit durant la vie du père. Mais lorsque la succession est ouverte et que l'action en rescision peut être intentée, quel motif juridique empêche que la démission de biens soit appréciée isolément, comme elle l'aurait été si la réclamation avait pu être élevée du vivant du donateur? La question reste toujours la même. Les biens compris dans le partage ont-ils été distribués définitivement, *tant pour la portion disponible que pour la réserve?*

Si l'on admet l'affirmative comme on y est forcément amené par la nature de la démission de biens, qu'importe que l'attaque puisse avoir lieu avant ou après le décès du donateur?

C'est toujours ce lotissement qu'il faut examiner en soi pour savoir si la quotité disponible a été ou non dépassée.

En un mot, et pour rendre la thèse aussi simple que possible, n'est-il pas vrai que si dans la démission de biens, le donateur avait dit : « j'entends faire profiter de la quotité disponible sur les biens dont je me dépouille tel ou tel des copartagés, » il n'y aurait plus à revenir sur cette attribution, et que le rapport fictif ne se comprendrait même pas, puisqu'il n'y aurait plus de portion disponible à donner, que sur les biens restants. Or, c'est précisément l'effet que produit, par sa nature, la démission de biens. Elle comprend la distribution non-seulement de la réserve, mais encore du préciput sur toutes les valeurs dont elle se compose, et ne laisse subsister de quotité disponible que sur les biens restants ; elle exclut donc, par une nécessité logique, les objets partagés, du calcul à faire pour déterminer le montant du préciput que l'ascendant a pu donner plus tard.

C'est la seule thèse que développe l'arrêt de 1845, et c'est la seule aussi dont le rapporteur de 1860 ne dit pas un seul mot. Une semblable prétérition rend facile à réfuter l'argumentation laborieuse à laquelle se livre le savant magistrat.

Digitized by Google

Les deux questions du rapport fictif et du point de départ de l'action en rescision contre le partage anticipé, sont tellement distinctes, que M. Troplong, adversaire résolu du rapport fictif quand il s'agit de démissions de biens, n'est pas moins énergique pour reculer jusqu'au décès du donateur, la recevabilité de l'action en rescision, et il développe sur ce point les arguments tirés du droit absolu de disposition qui appartient à l'ascendant durant sa vie, et les considérations morales qui créent, pour les successibles lésés, une sorte d'impossibilité d'agir. En consacrant une suspension si légitime, la Cour suprême n'avait donc en aucune façon admis la nécessité du rapport fictif en matière de partage anticipé.

L'éminent rapporteur de 1860 suppose que l'arrêt de 1845 crée deux successions dans une seule ; mais la décision qu'il discute ne contient rien de semblable. Elle dit seulement que la portion de la quotité disponible afférente aux biens partagés, ayant été donnée une fois, ne peut entrer en compte de nouveau, alors même que, par un faux-fuyant subtil, on voudrait la prendre sur les biens restés hors du partage.

M. Renaud d'Ubexi ajoute que l'avancement d'hoirie dessaisit immédiatement et irrévocablement le donateur aussi bien que le partage anticipé, et que cependant il est sujet au rapport fictif; qu'il doit, par conséquent, en être de même du partage.

Qu'aurait répliqué le docte magistrat si on lui avait posé cette question : le rapport fictif serait-il dû si, dans le partage antique, il y avait eu attribution formelle de la quotité disponible? La réponse négative n'aurait pu être éludée, puisqu'elle ressort de la nature même des choses, comme l'a si bien remarqué la Cour de Grenoble dans un arrêt de 1864 (S., 64, 2, 249).

Mais précisément, aurait-on pu ajouter, la démission de biens contient l'attribution implicite du préciput. Vainement l'honorable rapporteur de 1860 objecte encore que la réunion fictive ne ressemble en rien au rapport réel.

La différence est-elle, en effet, aussi absolue qu'il se plaît à le dire? Les descendants nantis par une démission de biens ont naturellement supposé que leur émolument était *fixé d'une manière définitive* SUR LES BIENS PARTAGÉS, et que,

Digitized by Google

pour les biens à venir, s'il en survenait, ils n'auraient à souffrir d'inégalité que dans la mesure de l'article 913 du Code civil; que si les nouveaux biens valaient, par exemple, 100,000 francs, il ne pourrait en être donné par préciput à leur préjudice que 25,000. Voici cependant l'effet tout opposé que produirait le rapport fictif. Les biens partagés valant aussi 100,000 francs, le rapport fictif élèverait la portion disponible à 50,000 francs, au lieu de 25,000, qu'ils avaient pensé devoir être la limite de la disposition nouvelle. Sans doute, le légataire ne prendrait pas ces 50,000 francs sur les biens partagés; mais il *se les ferait payer en biens restants.* N'est-ce pas le renversement complet de ce qui sembait arrêté par le pacte de famille? Comment peut-on affirmer, en présence d'un tel résultat, qu'aucune atteinte n'est portée à cette convention solennelle? Dira-t-on qu'aux termes de l'article 845 du Code civil il n'y a pas de préciput sans stipulation expresse, et que nous raisonnons dans l'hypothèse où une clause semblable n'existerait pas dans le partage anticipé?

La réponse nous semble facile. On admet unanimement que, malgré la formule absolue de l'article 843, la disposition préciputaire peut résulter soit des circonstances, soit de la nature de l'acte, soit de l'ensemble de ses dispositions.

C'est ainsi qu'un *legs universel* fait à un *successible* est réputé dispensé du rapport bien que le testateur ait pu avoir la pensée, non d'accorder une semblable dispense, mais de conférer au légataire l'option entre sa réserve et son legs. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on reconnaisse l'attribution implicite du préciput dans la démission de biens.

Enfin le rapporteur de 1860 indiquait les avantages moraux de son système. Les pères de famille, disait-il, se décideront plus volontiers à délaisser leur fortune à leurs enfants, s'ils ont la certitude de pouvoir toujours, nonobstant cet acte, disposer à leur gré du préciput calculé sur la totalité de leurs biens. L'autorité paternelle en sera mieux assurée. Assez généralement les considérations de ce genre sont des armes à deux tranchants. Celles que nous venons de rappeler présentent au plus haut degré ce dangereux caractère. La fréquence des démissions de biens est peut-être moins désirable qu'on ne le suppose. En tout cas les motifs qui les

Digitized by Google

amènent ont presque toujours la toute-puissance de la force majeure, et n'ont pas besoin d'être corroborés par une arrière-pensée d'une loyauté douteuse.

Quelle est ordinairement la cause déterminante de ces actes? N'est-ce pas l'impossibilité pour l'ascendant de continuer la gestion de ses biens; le désir de se procurer un repos d'esprit et de corps devenu nécessaire à sa vieillesse et à ses infirmités, indispensable peut-être à la prolongation de sa vie? C'est donc le règlement suprême de ses rapports d'intérêt pécuniaire qu'il entend consommer avec ses enfants : mais cette pensée n'implique-t-elle pas nécessairement la disposition du préciput aussi bien que de la réserve? Ne fait-elle pas invariablement supposer que tous les droits des enfants sur les biens donnés sont fixés sans retour, et que leur expectative sur les biens à venir sera réglée séparément, sans aucun égard à ce qui leur aura été définitivement acquis en vertu du partage?

Dissipons, en passant, une équivoque à l'aide de laquelle on cherche à diminuer la portée des mots *règlement définitif*. Oui, dit-on, c'est bien un règlement définitif en ce sens que le donateur ne pourra reprendre en nature les biens partagés, mais cela n'empêche pas qu'on ne les reprenne fictivement. Nous comprenons à merveille; c'est un définitif qui ne termine rien, comme la grâce suffisante qui ne suffisait pas au grand étonnement de Pascal.

Mais quand on édifie ce système d'équivoque on oublie l'origine du partage anticipé rappelée au commencement de cette étude. Les partages de cette nature emportaient l'*abdication absolue de l'hérédité future* et produisaient entre les bénéficiaires les mêmes effets que si l'ascendant eût transmis à chacun son *lot à titre onéreux*, comme le répète si énergiquement à deux reprises M. Troplong.

Or, une aliénation à titre onéreux exclurait à coup sûr le rapport fictif non moins que le rapport réel. Il est donc vrai que la nature de l'acte implique l'attribution du préciput, en même temps que de la réserve selon la doctrine de l'arrêt de 1845.

Ajoutons encore une considération qui nous semble puissante. Le partage anticipé ordinairement amené par les raisons que nous avons dites, ne laisse le plus souvent dans

Digitized by Google

les mains du donataur aucune de ses propriétés. Tout ce qu'il possédait passe immédiatement à ses enfants. Or, dans cette hypothèse, certainement la plus fréquente, n'est-il pas évident que la pensée d'un rapport fictif n'a pu être sous-entendue par aucune des parties? Une semblable restriction mentale serait un non-sens, puisqu'il ne reste au donateur aucun bien sur lequel pût être réalisé un prélèvement quelconque calculé à l'aide d'un rapport fictif.

Il est donc indubitable que *dans ce cas, c'est-à-dire presque toujours*, la commune intention a dû être de régler *sans retour* tous les droits des enfants par l'abdication absolue du père entre leurs mains, tant en ce qui touche le disponible qu'au point de vue de la réserve. Cela posé, est-il possible d'admettre que l'omission par oubli ou autrement d'un objet appartenant au donateur ou la survenance fortuite de quelque propriété nouvelle aurait pour résultat de renverser toute l'économie du pacte de famille? Que ce qui était définitif dans le sens vrai du mot, ne le sera plus que selon une décevante équivoque? La raison se révolte contre une semblable théorie.

Il n'y aurait d'efficace qu'une clause expresse par laquelle le père enlèverait à la démission de biens son caractère normal.

Telle était l'espèce de l'arrêt de 1844 déjà cité, et la Cour suprême prit soin de constater que cette *réserve seule avait rendu applicable l'article* 922.

Nous ne pouvons nous empêcher de signaler à ce propos le reproche peu justifié que M. Demolombe croit pouvoir adresser à son digne émule de science et de talent, M. Troplong.

Ce dernier avait écrit dans son *Traité des donations*, sous l'article 922, que le rapport ne pourrait être exigé des successibles nantis par la démission de biens, que si le donateur l'avait expressément réservé.

Le docte professeur de Caen s'étonne de cette assertion. Eh! quoi le premier président de la Cour régulatrice aurait supposé, dit-il, que dans une donation entre-vifs l'ascendant pourrait retenir la faculté de disposer une seconde fois des mêmes biens? Il aurait donc oublié et l'article 893 qui attribue à la donation l'effet de dépouiller actuellement et

Digitized by Google

irrévocablement le donateur, et l'article 744 d'après lequel toute donation faite sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur est nulle, et l'article 943 qui exclut les biens à venir des donations entre-vifs faites en dehors du contrat de mariage?

A ces interpellations l'éminent magistrat aurait pu trouver, sans peine, une réponse péremptoire. Sa pensée est d'autant plus facile à saisir qu'il cite le document où il l'a puisée, l'arrêt de 1844 déjà analysé par nous. M. Troplong estime, comme la Cour suprême, que le donateur retenant une partie de ses biens ou comptant en acquérir de nouveaux, pourrait très légalement stipuler que, malgré la nature de la démission de biens, qui par elle-même exclurait le rapport fictif, ce rapport serait néanmoins exigible, s'il y avait disposition ultérieure de la quotité disponible. Par une clause semblable, le père ne ferait autre chose que réduire le partage aux proportions d'un simple avancement d'hoirie. Il n'y aurait là aucune infraction ni à la prohibition des conditions potestatives, ni à la défense de donner entre-vifs des biens à venir, ni à l'irrévocabilité des donations ordinaires. Ce serait tout simplement, ce que la Cour suprême a su y voir, une dérogation à la dispense du rapport fictif, qui, sans la réserve, serait résultée de la nature même de l'acte.

Veut-on savoir, en résumé, à quoi doit fatalement aboutir le triomphe du système que nous combattons? A faire insérer comme stipulation normale dans tous les partages anticipés, que chaque bénéficiaire conservera, à titre de préciput, ce qui dans son lot pourrait excéder sa part virile. Une simple clause passée en habitude aura suffi pour faire crouler le frêle édifice de la jurisprudence nouvelle.

L'arrêt de 1860 fut presque immédiatement suivi de deux autres rendus sur le rapport du même conseiller et par conséquent identiques. Les Cours d'appel se résignèrent selon l'usage à ce changement de doctrine, soit par crainte d'une censure toujours désagréable, soit pour épargner aux plaideurs des frais inutiles. Mais les juristes ne rendaient pas si facilement les armes. Ni Coin-Delisle, ni Massé et Vergé, ni Troplong, dans les éditions publiées depuis ces arrêts, ne rétractèrent la doctrine opposée qu'ils avaient soutenue dès l'abord, et la *Revue critique* inséra dans le t. XVIII

Digitized by Google

de sa collection des observations aussi fermes que judicieuses.

La question née de l'article 922 était entrée dans une phase nouvelle; le rapport fictif étant admis comme règle générale, même en matière de partages anticipés, on était cependant obligé de reconnaître à l'ascendant le droit d'en affranchir les copartagés. Si la dispense était claire et nette, il n'y avait pas de difficulté, et l'article 922 cessait d'être applicable. Mais si la clause était ambiguë, elle pouvait donner lieu à des interprétations divergentes.

La formule qui semble avoir été le plus souvent l'objet des controverses est celle-ci : « Je donne et lègue à titre de préciput telle quotité *des biens que je laisserai à mon décès.* »

A ne consulter que le sens commun, il semble que cette disposition ne présente aucune équivoque.

Les *biens que je laisserai à mon décès* sont évidemment ceux dont j'aurai à ce moment la possession réelle, et non ceux qui seront sortis de mon domaine par une aliénation gratuite ou commutative. On serait donc naturellement porté à croire que c'est bien le cas d'appliquer la règle écrite dans la loi 25, § 1, au Digeste, *De legibus :* « *Cum in verbis nulla* « *ambiguitas est, non admittitur voluntatis quæstio.* »

Si l'article 1156 du Code civil prescrit de s'attacher plutôt à l'intention des parties, qu'aux termes mêmes des actes, il suppose que la signification de ces termes peut être raisonnablement mise en doute; dans le cas contraire, s'écarter du sens naturel sous prétexte de scruter une pensée secrète, serait du plus dangereux arbitraire. Tous les auteurs, sans aucune exception, sont d'accord à cet égard. Cependant on dispute avec vivacité sur la portée de la clause que nous venons de transcrire : on prétend qu'en léguant *le quart*, par exemple, des biens qui existeront à son décès, le testateur s'est implicitement référé au mode légal de calculer cette quotité, c'est-à-dire à l'emploi du rapport fictif.

Une simple observation suffit à notre avis, pour montrer l'inanité de ce système.

Rappelons une espèce précédemment posée : un ascendant possède 200,000 francs de fortune. Il en distribue par démission de biens la moitié à ses trois enfants. L'autre moitié, c'est-à-dire 100,000 francs, reste entre ses mains.

Digitized by Google

Plus tard, il lègue le quart des biens qu'il laissera à son décès. Si on suppute le legs à l'aide du rapport fictif, le légataire prendra 50,000 francs, formant le quart de la fortune totale du père, mais au lieu d'avoir, selon les termes du testament, le *quart des biens trouvés au décès*, il en aura la moitié.

Serait-ce là interpréter sincèrement la pensée du testateur? Ne serait-ce pas plutôt la dénaturer? Aussi une pareille entente n'a-t-elle guère été admise, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Mais on soutient énergiquement qu'il faudrait adopter une solution toute contraire, si le testateur, au lieu d'exprimer la portion dont il lui était permis de disposer, *le tiers ou le quart*, par exemple, avait employé la formule générale : « Je lègue la quotité disponible des biens *que je laisserai à mon décès.* »

Il nous semble voir dans ce système un reflet malheureux du formalisme le plus étroit du vieux droit romain. On sait que la loi des Douze Tables accordait une action en dommage aux propriétaires d'*arbres* indûment *abattus*. Mais si le réclamant ayant spécialement à se plaindre de la *dévastation d'une vigne*, avait parlé de ceps, au lieu d'employer le mot générique *arbres*, sa cause était perdue.

N'en est-il pas à peu près de même dans notre espèce? Le *disponible* étant le *quart*, les deux mots ne devraient-ils pas être synonymes et produire le même résultat? Que je lègue le *quart* ou le *disponible*, quand c'est réellement le quart dont je puis disposer, ma volonté n'est-elle pas absolument la même et ne doit-elle pas sortir effet de la même manière?

Par quel effort de subtilité pourrait-on arriver à lui donner une portée différente suivant l'emploi de l'une ou de l'autre expression? C'est, dit-on, parce que le mot *disponible* se réfère à la règle tracée par la loi, et, par conséquent, à l'article 922. Cela serait vrai s'il n'y avait dans la clause que ce mot, mais il y a aussi la formule restrictive : *sur les biens que je laisserai à mon décès*. Nous ne saurions donc, malgré l'autorité des princes de la science (MM. Aubry, Rau et Demolombe), nous ranger à leur opinion. La jurisprudence qui s'inspire bien aussi, sans doute, des traditions scientifiques, mais qui a pour mission spéciale de faire triompher les don-

Digitized by Google

nées du sens commun, ne s'y est pas méprise, et si dans quelques arrêts dominés par des circonstances particulières, dont la rédaction peut ne pas avoir gardé la trace, on trouve des solutions admettant, dans ce cas, l'application de l'article 922, la Cour de cassation s'est soigneusement gardée de cette interprétation abusive. Citons seulement deux ou trois de ses décisions empreintes d'une raison si persistante et si juste.

En 1829 elle avait à déterminer, au point de vue du rapport fictif, le sens d'une clause ainsi conçue : « Je lègue la *quotité disponible dont je me trouverai saisi à mon décès.* » Le légataire ne manquait pas de signaler dans les mots *quotité disponible dont je me trouverai saisi au moment de mon décès* une allusion à l'article 922 fixant la quotité dont le *testateur devait être réputé saisi* à sa dernière heure ; cependant le rapport fictif fut écarté.

Laissons de côté quelques autres arrêts conformes, antérieurs et postérieurs, pour arriver tout de suite au plus récent qui les résume tous. C'est celui du 8 mars 1875, rapporté par Sirey, t. 75, 1, 301.—Une mère avait distribué à ses trois enfants, par démission de biens, la meilleure partie de sa fortune. Plus tard, elle légua à l'un d'eux la *quotité disponible des biens qu'elle laisserait à son décès.* Il y eut procès pour savoir si cette quotité devait être calculée à l'aide du *rapport fictif des biens partagés*, ou seulement sur *la valeur des biens restants.*

La Cour de Bourges opta pour ce dernier parti, et la Cour suprême, sous la présidence de M. de Raynal, et conformément aux conclusions de M. Reverchon, décida que la Cour de Bourges n'avait violé aucune loi en jugeant que le legs de la *quotité disponible des biens que la testatrice laisserait à son décès,* devait être calculé *uniquement sur ceux dont elle avait conservé la propriété au moment de sa mort, sans y comprendre ceux qu'elle avait déjà partagés entre ses enfants.* Cet arrêt est tellement péremptoire qu'il devait causer quelque embarras aux partisans de la doctrine opposée.

Aussi avons-nous vu faire d'incroyables efforts pour en atténuer la portée. On avait remarqué dans les motifs de l'arrêt de Bourges cette phrase : « *La testatrice n'a pas pu avoir la pensée de faire rapporter fictivement les biens partagés dans les-*

Digitized by Google

quels la quotité disponible était comprise. » Donc, disait-on, il y avait eu *disposition expresse de préciput sur les biens partagés*, ce qui rendait sans objet le rapport fictif. L'argument était habile peut-être, mais il ne pouvait résister à la moindre réflexion. D'abord l'exposé des faits, compulsé dans les principaux recueils de jurisprudence (Dalloz, Sirey, *Journal du Palais*), ne faisait aucune mention de cette donation expresse du préciput qui aurait rendu le procès véritablement absurde. Demander le rapport fictif des biens sur lesquels le préciput aurait été déjà expressément donné, ç'eût été une énormité judiciaire. On ne comprendrait pas d'ailleurs qu'un moyen si péremptoire n'eût pas été même indiqué, soit dans la requête produite à l'appui du pourvoi, soit dans les motifs du rejet.

Que pouvait donc signifier le membre de phrase relevé dans l'arrêt de Bourges? Une seule chose, le rappel de la doctrine de 1845 ci-dessus exposée, suivant laquelle le partage anticipé contient *implicitement* la distribution de la quotité disponible sur les biens partagés. Au surplus, le sens de cette phrase importe peu. Car ce n'est pas l'autorité de la Cour de Bourges que nous invoquons, mais celle de la Cour suprême. Or celle-ci dit en termes formels *que le legs de la portion disponible des biens qu'on laisse au décès peut très juridiquement être entendu dans le sens de l'exclusion du rapport fictif.*

Or c'est la thèse tout entière telle que nous la soutenons.

Nous ne terminerons pas cette étude sans regretter encore une fois que la jurisprudence de 1845 ait été abandonnée par des motifs dont la solidité est à notre avis si contestable, et nous avons l'espoir qu'elle aura un jour sa revanche.

H. LESPINASSE.

Digitized by Google

DE LA NATURE DES DROITS FIXES GRADUÉS,

Par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Les commentateurs de la loi du 28 février 1872 ont eu beaucoup de peine à définir nettement la nature des droits fixes gradués que cette loi institue. La loi du 22 frimaire an VII a divisé les droits en droits fixes et en droits proportionnels, se conformant ainsi aux traditions fiscales de l'ancienne monarchie. Les nouveaux droits peuvent-ils figurer dans une de ces catégories? Au premier abord, cela semblait très difficile, pour ne pas dire impossible. Les droits gradués, pouvait-on dire, ne sauraient être des droits fixes; car alors il y aurait des droits fixes variables, et ces deux termes sont incompatibles. Les droits gradués ne peuvent pas davantage être qualifiés de droits proportionnels. Les droits proportionnels frappent ordinairement des mouvements de valeurs : transmissions, obligations et libérations. Les droits gradués, eux, atteignent la manifestation de valeurs et de droits préexistants. De plus, ils ne varient pas exactement, comme les droits proportionnels proprement dits, dans le rapport d'une somme à cent francs. La question n'intéressait pas uniquement la terminologie juridique. Elle présentait aussi de nombreux intérêts pratiques, dont nous nous proposons d'examiner les plus saillants.

La cour de cassation vient en effet d'avoir à la résoudre, et elle s'est prononcée en faveur de l'assimilation des droits gradués aux droits fixes (Cass. civ., 26 juin 1878).

Voici réduite aux termes les plus simples l'espèce qui a donné naissance à la difficulté :

Un partage sans soulte, exempt par conséquent de tous droits proportionnels, était intervenu, par acte sous seing privé, à une date antérieure à la mise en vigueur de la loi du 28 février 1872, qui a frappé d'un droit gradué les biens figurant dans un partage. Un des copartageants était mort à une date également antérieure au 28 février 1872, et par suite de ce décès l'acte avait acquis certitude de date. Ce ne fut cependant qu'en 1873 qu'il fut présenté au receveur, et alors se posa la question suivante :

Digitized by Google

La perception devait-elle être régie par la loi du 28 février 1872, en vigueur au moment de l'enregistrement, et par suite le droit gradué pouvait-il être exigé? Fallait-il, au contraire, s'en tenir aux dispositions de la loi contemporaine de l'acte et exclure le droit gradué?

La solution de ce problème dépendait de la définition de la nature du droit gradué. La relation qui existe entre les deux ordres d'idées apparaîtra clairement par quelques explications sommaires sur l'application aux lois fiscales du principe de la non-rétroactivité.

Pendant assez longtemps, l'administration a prétendu que le principe de la non-rétroactivité était étranger aux lois d'enregistrement. Elle avait un intérêt constant, invariable à ce que la rétroactivité fût admise, les droits ayant suivi depuis l'an VII une marche toujours ascendante, et les gouvernements qui se sont succédé dans notre pays ayant toujours religieusement pratiqué la maxime formulée jadis par Guy Coquille : « L'impôt une fois mis en France ne se retranche jamais. » L'article 2 du Code civil, disait la régie, a pour objet le droit privé et doit rester étranger aux droits d'enregistrement qui se trouvent régis par des lois spéciales. On pouvait d'abord en faveur de cette doctrine invoquer l'autorité d'un grand nom. L'illustre procureur général Merlin, parlant de l'interprétation des lois fiscales, avait dit dans son Répertoire : « Il n'en est point des matières qui « intéressent la fortune publique, comme de celles qui n'in- « téressent que les fortunes privées, parce que dans celles-là « la cour n'exerce les fonctions qui lui sont attribuées par la « loi que comme déléguée du prince; parce que le prince « aurait pu se réserver à lui-même l'exercice de cette partie « des fonctions de la souveraineté; parce que la délégation « que le prince en a faite à la cour a été pleinement volon- « taire, et conséquemment parce que la cour doit exercer « ces fonctions, comme le prince les exercerait lui-même, « s'il se les était réservées. »

Évidemment, on ne pouvait s'arrêter aux considérations qui précèdent, dignes en vérité d'une harangue d'un magistrat du temps du grand roi, mais absolument déplacées sous un gouvernement issu de la révolution et ayant la prétention de s'appuyer sur ses principes.

Digitized by Google

Aussi avait-on en outre argumenté de divers textes. Nous ne rappellerons que ceux postérieurs à la loi du 22 frimaire an VII.

On citait d'abord l'article 1er de la loi du 27 ventôse an IX (18 mai 1801) qui était ainsi conçu :

« A compter de la publication de la présente, les droits « d'enregistrement seront liquidés et perçus, suivant les « fixations établies par la loi du 22 frimaire an VII et celles « postérieures, quelles que soient la date et l'époque des « actes et mutations à enregistrer, sauf les modifications et « changements ci-après. »

On citait en second lieu l'article 15 de la loi du 16 juin 1824 :

« Toutes les dispositions qui précèdent seront applicables « aux perceptions à faire et aux amendes encore dues, au « moment de la publication de la présente. »

La Cour de cassation, comme on pouvait s'y attendre, jugea exorbitantes les prétentions de la régie et décida par un arrêt du 4 février 1834 que le principe de la non-rétroactivité dominait les matières fiscales au même titre que les matières civiles. Cet arrêt fixa la jurisprudence qui depuis lors n'a subi aucunes variations. Le droit commun triomphait donc, et c'était justice, car on ne pouvait alléguer, dans l'intérêt de la régie, « aucun motif avoué de l'équité ou de la raison. » (Championnière et Rigaud, t. I, n° 45.)

Inutile d'abord de réfuter la doctrine de bon plaisir qu'avait paru préconiser Merlin. Cette doctrine avait pu être celle de nos anciens légistes, prêtant à la couronne leur assistance dévouée, pour substituer la régularité administrative au gouvernement anarchique de la féodalité. Mais, à coup sûr, elle était profondément incompatible avec l'esprit de nos institutions politiques modernes.

Quant aux textes invoqués par la régie, ils n'avaient absolument rien de décisif. D'abord, l'article 1er de la loi du 27 ventôse an IX, comme le faisaient remarquer MM. Championnière et Rigaud, se proposait de mettre fin à certaines difficultés pouvant encore s'élever et dont les solutions étaient douteuses, en raison de l'incertitude des dates et des efforts de la fraude. Cette loi ne concernait d'ailleurs que l'application du tarif du 22 frimaire an VII, et elle ne pouvait,

Digitized by Google

sans extension d'une disposition fiscale qui n'en souffre pas, être invoquée quand il s'agissait d'un tarif postérieur. En ce qui touche la loi du 16 juin 1824, il importe de remarquer que toutes ses dispositions avaient pour but l'abaissement des droits. C'était une loi de dégrèvement. Dès lors, le législateur avait pu, par dérogation au principe (comme il arrive en matière criminelle où l'on fait rétroagir toute loi abaissant la pénalité), étendre la faveur des dispositions nouvelles aux conventions conclues antérieurement à la loi.

Ajoutons que plusieurs textes consacrent directement le principe de la non-rétroactivité en matière fiscale. Ainsi le § 2 de l'article 73 de la loi du 22 frimaire an VII déclare que les lois anciennes « continueront d'être exécutées à l'égard « des actes faits et des mutations par décès effectuées avant « la publication de la présente. » Les mêmes idées se trouvent reproduites presque dans les mêmes termes par l'article 59 de la loi du 28 avril 1816 : « Les droits de mutation « établis par la présente loi ne seront perçus que sur les « mutations qui surviendront après sa publication; les lois « antérieures continueront à s'appliquer aux mutations effec- « tuées jusqu'à ladite publication. Quant aux actes, l'ar- « ticle 1er de la loi du 27 ventôse an IX continuera d'être « exécuté. » Enfin, l'article 33 de la loi de finances du 21 avril 1832 a appliqué le même principe.

Si, au lieu de se placer sur le terrain des textes, on avait raisonné simplement au point de vue du sens commun et de l'équité, la solution qui a prévalu n'eût pas été moins incontestable. Le principe de la non-rétroactivité des lois est établi pour mettre les droits actuellement acquis à l'abri des atteintes que le caprice du législateur pourrait y porter. Or, ne peut-il pas y avoir de droits acquis à l'égard du Trésor? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, quand un droit d'enregistrement est ouvert, c'est-à-dire a commencé à être dû, il y a droit irrévocablement acquis, soit de la part de l'administration, soit de la part du contribuable. Il y a droit acquis en ce sens qu'aucune tarification nouvelle ne pourra soit diminuer la créance de l'administration, soit élever le chiffre de la dette du contribuable. Les deux parties seront complètement à l'abri de tous changements dans la législation.

Digitized by Google

Le principe de la non-rétroactivité est donc applicable en matière fiscale, mais il faut bien remarquer qu'il n'est applicable que sous le bénéfice d'une distinction, qu'ont du reste parfaitement mise en lumière MM. Championnière et Rigaud (t. I, n° 46).

Il peut s'agir d'abord de ces droits que certains auteurs désignent sous le nom de droits de mutation. Ce sont surtout ceux qui deviennent exigibles, indépendamment de l'existence d'un acte, indépendamment aussi de la présentation de cet acte à la formalité de l'enregistrement, comme par exemple les droits dus pour les mutations entre-vifs d'immeubles ou de valeurs assimilées à des immeubles, ainsi que les droits sur les mutations par décès de toute espèce de biens. Il faut joindre à cette énumération, tous les droits relatifs aux actes dont la loi a rendu l'enregistrement obligatoire dans un délai déterminé. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 20, 21, 22.) Ces droits sont acquis au Trésor dès que la mutation est accomplie ou dès que l'acte existe. Leur chiffre est par suite fixé d'une manière irrévocable, quelles que soient les vicissitudes ultérieures de la législation. A coup sûr, l'impôt peut n'être perçu que lorsque la loi nouvelle est déjà en pleine vigueur. Mais qu'importe cette circonstance? C'est la date de la naissance de la dette et non la date du payement qu'il faut considérer, pour régler les rapports des parties en présence. Il se peut aussi qu'un délai plus ou moins long soit accordé par la loi au débiteur. Mais comme le déclare un avis du Conseil d'État du 14 novembre 1818 (relaté dans l'Instruction n° 872), ce terme ne suspend pas l'obligation; il en retarde seulement l'exécution; il ne change rien au droit qui est acquis au Trésor et qui ne peut être modifié par aucune convention des parties contractantes.

Il en est autrement s'il s'agit de droits d'actes, c'est-à-dire de droits se référant à des actes dont l'enregistrement n'est pas obligatoire dans un délai déterminé. Alors la dette du contribuable prend naissance au moment de la formalité de l'enregistrement; il faut par conséquent considérer uniquement la date de cette formalité pour établir les bases de la perception. Jusqu'à cette date, il n'y a pas eu de la part du Trésor de droit acquis, mais seulement une expectative. S'il n'y a pas eu de droit acquis pour le Trésor, la condition du

Digitized by Google

contribuable n'a pas dû être différente et par suite ce dernier ne peut pas non plus exciper d'un droit acquis.

Nous devons, d'après ce qui précède, limiter, en matière fiscale, la portée du principe de la non-rétroactivité aux droits de mutation et déclarer ce même principe étranger à la théorie des droits d'actes[1]. Ces règles étant admises, il n'était plus difficile de trancher la question soumise à la Cour de cassation. Le droit gradué est-il un droit d'acte ou un droit de mutation, un droit fixe ou un droit proportionnel? Suivant la solution adoptée sur ce premier point, la loi du 28 février 1872 avait pu ou n'avait pas pu rétroagir, en ce qui touche les partages sous seing privé antérieurs à sa promulgation.

Or nous pensons qu'il ne peut plus y avoir aujourd'hui d'incertitude, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence, soit dans la pratique fiscale sur la nature qu'il convient d'attribuer aux droits gradués. Ce sont des droits fixes d'une nature particulière, mais ce sont assurément des droits fixes. L'article 1er de la loi du 28 février 1872 tranche la question dès les premiers mots : « La quotité du *droit fixe* « d'enregistrement auquel sont assujettis par la loi du 22 fri- « maire an VII et par les lois subséquentes les actes ci-après « sera déterminé ainsi qu'il suit, savoir... » L'hésitation n'est pas possible, en présence de cette formule qui paraît catégorique. Quels sont les droits dont la nouvelle loi élève le chiffre? Les droits fixes évidemment. Les droits gradués ne sont donc pas autre chose que les droits fixes revus et augmentés. « Le droit gradué, dit M. Demante (*Principes de l'enregistrement*, t. I, 3e édit., n° 25) est maintenu dans la « catégorie des droits fixes, mais on fait varier la quotité « de ces droits fixes, en raison des sommes ou valeurs expri- « mées dans les actes. » Les travaux préparatoires rendent notre interprétation plus certaine encore. Pendant toute la durée de la discussion, l'assemblée nationale ne s'est pas

[1] Nous rappelons que la division des droits d'actes et des droits de mutations ne résulte pas directement de la loi de frimaire, ni des lois ultérieures. Cependant, on peut dire, qu'elle est contenue implicitement dans les faits, et de plus elle est sous-entendue dans l'article 73 de la loi de l'an VII et dans l'article 59 de la loi de 1816.

Digitized by Google

méprise un seul instant sur la nature des droits nouveaux qu'on lui proposait d'instituer. Tous les jurisconsultes qui ont pris part à ces graves et arides débats n'ont pas hésité à les considérer, comme se rattachant à la catégorie générale des droits fixes. Le 26 février 1872, M. Mathieu Bodet s'exprimait ainsi : « Lorsqu'on prétend que nous renversons la loi « du 22 frimaire an VII, on commet une erreur ; nous main- « tenons les principes de cette loi ; seulement nous faisons « une classification nouvelle des droits fixes, mais en lais- « sant les droits proportionnels ce qu'ils sont et pour les « cas où ils sont actuellement applicables. » Dans son rapport, le même auteur est aussi explicite : « La loi, dit-il, a pour objet de modifier les droits d'enregistrement. » Et plus loin : « L'article 1er s'occupe des droits fixes. » Rappelons enfin qu'au cours de la discussion, trois députés, MM. Paul Besson, Sebert et Ducarre, critiquant la proportionnalité imparfaite du nouveau droit, proposèrent de lui substituer un droit ouvertement proportionnel. L'amendement a été rejeté, il est vrai, mais son rejet suffit à lui seul pour faire comprendre l'esprit de la loi nouvelle. Voici en effet les raisons qu'invoque le rapporteur, M. Mathieu Bodet, pour faire écarter cet amendement que l'Assemblée nationale avait d'abord renvoyé à la commission.

« Doit-on admettre le principe de la proportionnalité ou « le principe des droits fixes et gradués? C'est une question « intéressante, délicate, qui n'est pas indigne de votre at- « tention. L'impôt proportionnel est incontestablement le « plus juste ; la proportionnalité, c'est l'idéal de la justice « et de l'équité en matière fiscale. Je le reconnais et le pro- « clame comme les honorables auteurs des amendements. « Mais pourquoi ne devons-nous pas l'appliquer dans l'es- « pèce? C'est parce que si vous admettiez le principe de la « proportionnalité, — et j'appelle tout particulièrement « votre attention sur ce point, — vous renverseriez complè- « tement la loi du 22 frimaire an VII. Il faut que nous sa- « chions bien ce que nous avons à faire ; nous ne devons pas « seulement nous occuper de finances, nous ne devons pas « seulement travailler à mettre le budget en équilibre ; nous « devons surtout respecter les principes fondamentaux de « notre législation fiscale. — Eh bien tous ceux de nos col-

Digitized by Google

« lègues qui sont montés à la tribune ont vanté l'excellence « de la loi de l'an VII. Or si vous admettez le principe de « la proportionnalité, cette loi serait complètement détruite « dans ses bases essentielles et son économie. » Comme on le voit, par le long passage que nous venons de citer, la commission, dont l'opinion a du reste été consacrée par le législateur, n'a jamais voulu faire du droit gradué un droit proportionnel. C'est toujours aux yeux des auteurs de la loi un simple droit fixe.

Enfin, au lendemain du vote de la loi, l'administration, dans son instruction du 29 février 1872, s'est inspirée des mêmes idées : « La loi nouvelle divise les droits fixes en « deux catégories : droits fixes gradués et droits fixes pro- « prement dits. Dans la première catégorie, elle place cer- « tains actes dont l'importance peut être mesurée par l'énon- « ciation des sommes ou valeurs que ces actes constatent et « mettent en évidence. Dans la seconde catégorie, elle range « tous les actes dont l'importance ne peut pas toujours être « appréciée par ce procédé et qui en conséquence restent « soumis aux droits fixes proprement dits. Il y a lieu de re- « marquer que la création du droit gradué ne constitue « qu'une modification de tarifs et non une modification de « principes. Ainsi au droit fixe auquel donnaient lieu les « actes énumérés dans l'article 1er, il est substitué au droit « fixe gradué. Mais tous les autres droits proportionnels « dont la perception découle des lois antérieures continue- « ront d'être exigibles, comme par le passé. »

Si les droits gradués sont des droits fixes, comme d'autre part ils ne sont pas exigibles dans un délai déterminé, mais seulement lors de la présentation de l'acte qui en est passible à la formalité de l'enregistrement, il faut les faire figurer dans la catégorie des droits d'actes. Si ce sont des droits d'actes, la loi a pu, en ce qui les concerne, avoir des effets rétroactifs, puisque, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, en matière de droit d'actes, la loi applicable est celle qui est en vigueur, lors de l'accomplissement de la formalité. La Cour de cassation avait déjà consacré cette doctrine dans un arrêt du 31 janvier 1876 (*Journ. du Palais*, 1876, p. 1078). Elle l'a reproduite en termes beaucoup plus décisifs dans son arrêt du 26 juin 1878.

Digitized by Google

« La liquidation du droit d'enregistrement, est-il dit dans « les considérants, doit être faite, conformément à la loi « applicable à l'époque où ce droit s'est ouvert et a par con- « séquent été acquis au Trésor. Si les droits de mutation et « ceux des actes assujettis à l'enregistrement, dans un délai « déterminé, sont immédiatement acquis au Trésor et doi- « vent par conséquent être perçus, d'après les tarifs existant « au moment du décès ou de la rédaction de l'acte, il en est « autrement des droits fixes énoncés en l'article 23 de la loi « de frimaire et des droits gradués qui constituent eux aussi « des droits fixes. »

Ce n'est pas seulement, au point de vue du principe de la non-rétroactivité des lois, qu'il importe de déterminer la nature du droit gradué. La question présente encore de très nombreux intérêts pratiques. Nous mentionnerons les plus remarquables, afin de compléter la physionomie du nouvel impôt.

Posons d'abord comme principe certain que si le droit gradué est liquidé, suivant l'importance des valeurs portées en l'acte, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu un mouvement de ces valeurs, par suite de l'acte. Le droit proportionnel frappe les valeurs en mouvement; le droit gradué, chose bien différente, atteint les valeurs dont l'existence est révélée, constatée, en l'absence de toute transmission, de tout mouvement [1]. L'administration s'est trouvée dans le cas d'appliquer ces idées, en matière de main-levée d'hypothèque. Le 7e paragraphe de l'article 1er de la loi de 1872 soumet les main-levées au droit gradué. « Ces actes, dit M. Mathieu Bodet, « dans son rapport, ont en effet plus ou moins d'importance « suivant le montant des sommes qui font l'objet de la main- « levée ou de la cession d'antériorité. » La commission paraît de plus avoir été influencée par cette idée que les main-levées font présumer le payement, et qu'il faut prendre sur elles les droits que l'on ne peut percevoir sur les quittances qui, intervenant par acte sous seing privé, ne sont pas soumises à la formalité. En réalité, le droit gradué

[1] Voir cependant le § 2 de l'article 1er de la loi du 28 février 1872, qui semble exiger un mouvement de valeurs pour que le droit gradué soit dû.

Digitized by Google

des main-levées a pour but de remplacer le droit proportionnel des quittances qui trop souvent échappe au Trésor, en sa qualité de droit d'acte.

C'est sous l'empire de ces dernières considérations que quelques praticiens ont soutenu que la main-levée ne serait pas passible des droits gradués, si la présomption de libération qu'elle fait naître était absolument détruite par les circonstances à la suite desquelles elle s'est produite, comme si par exemple la main-levée était consentie parce que le titre du créancier a été annulé ou s'est trouvé résolu. Il n'y a pas alors, a-t-on dit, de mouvement de valeurs et la base de la perception fait complètement défaut. L'administration a très justement condamné cette manière de voir (*Solut.* du 12 octobre 1876) et elle prescrit à ses préposés la perception du droit gradué, quels que soient les motifs de la main-levée. « Le droit de main-levée, établi par la loi de 1872, dit « la régie, appliquant notre principe, a remplacé purement « et simplement le droit fixe qui existait auparavant et les « conditions de son exigibilité sont restées les mêmes que « par le passé. »

Le problème que nous nous sommes posé offre surtout de l'intérêt, quand les actes passibles de droits gradués sont affectés de conditions suspensives,

C'est un point incontestable, en matière fiscale, que le droit proportionnel afférent à une opération sous condition suspensive n'est pas encouru, tant que la condition est en suspens, et ne devient exigible que par l'accomplissement de la condition (Demante, t. I, n° 31). En ce qui concerne les droits fixes, il était de pratique fiscale, antérieurement à la loi nouvelle, qu'ils étaient dus, même *pendente conditione*. On disait pour justifier la jurisprudence de la régie que le droit fixe était dans son principe le salaire de la formalité et que ce salaire était toujours dû, soit en cas de réalisation, soit en cas de défaillance de la condition.

Comment faut-il, à ce point de vue nouveau, traiter les droits gradués? Seront-ils, comme des droits fixes, exigibles *pendente conditione*, ou seulement après l'accomplissement de la condition, comme il arrive pour les droits proportionnels?

La solution qui se présente naturellement à l'esprit, celle

Digitized by Google

même qui s'impose, après tout ce que nous avons dit plus haut sur la nature des droits gradués, c'est qu'il les faut traiter, comme des droits fixes, au point de vue de la théorie des conditions. Nous ne nous dissimulons pas que cette décision est extrêmement rigoureuse pour le contribuable, et à coup sûr elle se heurte à de graves considérations d'équité. Si le droit gradué par sa nature et son origine est bien un droit fixe, par sa quotité qui s'élève sans cesse il se rapproche aussi du droit proportionnel. D'un autre côté, le motif signalé plus haut, en faveur de la pratique de la régie, en matière de droits fixes, ne peut plus être sérieusement invoqué, en matière de droits gradués. On vient de nous dire que le droit gradué représente le salaire de la formalité; que la formalité est toujours la même et nécessite toujours les mêmes soins de la part des agents, quelles que soient les modalités de l'acte; que par suite le salaire est dû, en toute hypothèse, quel que soit l'événement, soit que la condition se réalise, soit qu'elle ne se réalise pas. Mais le droit gradué est trop élevé pour être qualifié de salaire de la formalité; et dès lors il ne doit être exigé que si l'acte sortit ses pleins et entiers effets.

Ces raisons paraissent avoir ébranlé la régie ainsi que la jurisprudence. On s'est en effet généralement montré infidèle au principe de l'assimilation des droits gradués aux droits fixes en matière d'actes conditionnels.

La question s'est posée d'abord pour les contrats de mariage qui sont, comme on sait, nécessairement soumis à la condition suspensive *si nuptiæ secutæ fuerint*. Les exigences de la pratique ont amené une anomalie dans la perception des droits sur ces actes. Tous les droits fixes ou proportionnels, dont ils sont passibles, sont perçus, au moment de la formalité. Il ne pouvait guère en être autrement. D'ordinaire, les contrats de mariage sont suivis de mariages; et par suite la réalisation de la condition suspensive est à peu près certaine. Dès lors, on a pensé qu'il serait plus commode de ne soumettre le contrat au receveur qu'une seule fois et de faire, en une seule fois aussi, percevoir tous les droits qui s'y appliquent. C'est là néanmoins, comme l'a remarqué M. Garnier, une perception irrégulière, ne se fondant que sur la tolérance des parties et des officiers publics. L'administra-

Digitized by Google

tion n'a pas hésité du reste à reconnaître la vérité de cette observation, en prescrivant, dans le cas de rupture du mariage, la restitution de tous les droits perçus sur les conventions matrimoniales, à l'exception des droits fixes qui sont le salaire de la formalité.

En cas de restitution des droits, la restitution devra-t-elle comprendre les droits gradués, comme proportionnels, ou bien seront-ils retenus par le Trésor, comme droits fixes?

Comme nous l'annoncions plus haut, la régie n'a pas osé faire produire à son principe toutes ses conséquences. Elle l'abandonne dans le cas présent et prescrit à ses préposés la restitution des droits gradués, comme droits proportionnels (*Décision administrative* du 3 septembre 1872). « Tous les rai-« sonnements du monde, dit avec raison M. Garnier, ne « feront pas qu'on puisse considérer comme un simple « salaire de formalité, équivalant à l'ancien droit fixe, la « somme de 8 à 10,000 francs perçus sur les apports des « futurs, lors de l'enregistrement de leur contrat. »

Il ne semble pas que notre problème ait été posé en matière de contrats de société; mais il est permis de supposer que la régie le résoudrait, le cas échéant, dans le même sens favorable. Il y a, en effet, entre les deux hypothèses, parité absolue de motifs. Ce qui est équitable, en matière de conventions matrimoniales, ne saurait être injuste et absurde en matière de sociétés. La thèse opposée, dit l'annotateur du *Journal du Palais* (1875, p. 1007), conduirait à des résultats véritablement inconciliables avec la volonté du législateur. Une société, par exemple, dont les apports s'élèveraient à plusieurs millions, mais qui serait soumise à une condition suspensive, acquitterait d'ores et déjà un droit gradué de 3 à 4,000 francs, et alors même que la condition ne se réaliserait pas, cette perception serait acquise au Trésor, en vertu du principe de non-restitution de l'article 60 de la loi de frimaire. Il est difficile d'admettre que la perception ait été régulière dans ces conditions, et que la loi ait consacré une telle injustice.

Sur d'autres actes affectés de conditions suspensives, et passibles de droits gradués, la jurisprudence a eu à trancher le point de savoir si *pendente conditione* les droits gradués étaient dus comme droits fixes ou si leur exigibilité devait

Digitized by Google

être ajournée comme celle des droits proportionnels jusqu'à l'époque de l'accomplissement de la condition. Généralement, la doctrine bienveillante de la régie a prévalu. C'est ainsi qu'elle a été appliquée aux main-levées conditionnelles par un jugement du tribunal de la Seine du 12 décembre 1874 (*Journal du Palais*, 1875, p. 1007). Il semble, du reste, résulter de ce document de jurisprudence que la régie, abandonnant la thèse rigoureuse qui identifie aux droits fixes les droits gradués, s'est contentée de soutenir devant le tribunal que la main-levée présentée au receveur était non pas conditionnelle, mais à terme, et c'est cette prétention de fait que le tribunal a condamnée.

Même décision en matière de partage judiciaire. Les droits gradués dont cet acte est passible ne sont dus qu'à dater du jugement d'homologation, qui en est comme la condition suspensive. (Tribunal d'Avignon, 17 décembre 1874. — Voir cependant en sens inverse : Tribunal de Montdidier, 28 mai 1875 ; — *Revue du Notariat*, 1875, n° 5012.)

Mentionnons encore en terminant une dernière difficulté résolue par l'administration à propos des droits gradués. On sait que lorsque l'objet de la perception d'un droit est une nue-propriété, le droit est liquidé, comme s'il s'agissait de la propriété pleine et entière, à moins pourtant qu'antérieurement le droit n'ait déjà été perçu sur cette pleine propriété (art. 15-7°, loi du 22 frimaire an VII). Cette règle s'explique par cette considération que l'usufruit est destiné à s'évanouir tôt ou tard ; que, par suite, la transmission de la nue-propriété doit fatalement devenir une transmission de pleine propriété. C'est ainsi, du reste, que l'on raisonne en matière de succession, quand on décide que le légataire de la nue-propriété de tous les biens du testateur est un légataire universel, parce que son titre comprend, en puissance, la totalité du patrimoine en propriété. Faudra-t-il appliquer l'article 15-7° quand, parmi les valeurs soumises à la perception, se trouveront des droits de nue-propriété ?

Ici l'administration rend au droit gradué sa nature originaire de droit fixe et elle écarte les règles de liquidation, applicables aux droits proportionnels. « La perception du droit gradué, dit la solution du 17 décembre 1873, ne doit atteindre que la valeur de la nue-propriété. » Les rédacteurs

Digitized by Google

de cette solution bienveillante se sont appliqués à démontrer qu'il était impossible de confondre les droits gradués avec les droits proportionnels. « Le droit proportionnel, disent-ils, frappe le mouvement de la propriété ; le droit gradué, au contraire, notamment lorsqu'il s'agit d'apports en mariage, n'atteint que la manifestation d'un droit de propriété préexistant. » Cette différence, remarquons-le, n'est pas toujours exacte. D'une part, en effet, il peut arriver que le droit proportionnel soit perçu dans des hypothèses où il ne se produit aucun mouvement de valeurs. C'est ce qui arrive pour les droits proportionnels de collocation et de liquidation. D'autre part, l'article 1er, § 2, de la loi du 28 février 1872 assujettit au droit gradué « les actes translatifs de propriété, d'usufruit ou de jouissance des biens immeubles situés en pays étranger ou dans les colonies françaises, dans lesquelles le droit d'enregistrement n'est pas établi. »

En sens inverse du raisonnement de la régie, ne peut-on pas dire que le droit gradué étant établi sur des valeurs, il convient d'estimer ces dernières d'après le droit commun, comme s'il s'agissait de percevoir des droits proportionnels?

La vraie raison, qui paraît avoir motivé la solution, c'est qu'en matière de conventions matrimoniales on ne peut pas dire que l'apport d'une nue-propriété soit en puissance un apport de pleine propriété. Il se peut, en effet, que la pleine propriété ne profite jamais au ménage, soit parce que le mariage s'est dissous, soit parce que la nue-propriété a été aliénée, avant la consolidation. Mais cette raison est évidemment spéciale à l'objet de la solution. La régie persisterait-elle dans sa manière de voir, s'il s'agissait des actes prévus dans le § 2 de l'article 1er de la loi de 1872? Il est permis d'en douter, car alors il n'y aurait plus identité de motifs.

Mais alors, dira-t-on, l'article 15-7° étant écarté, comment évaluera-t-on la nue-propriété pour la perception du droit gradué? Ici encore la régie soumet le droit gradué à des principes spéciaux : « Il n'y a pas lieu d'évaluer d'office à la « moitié de la pleine propriété la valeur de l'apport dont il « s'agit. Aucune prescription légale n'impose en pareil cas « un mode forcé d'évaluation, et il convient d'appliquer ici « la doctrine de l'arrêt du 31 décembre 1872, c'est-à-dire

Digitized by Google

« d'exiger des parties une évaluation dont les éléments « seront puisés dans la durée probable de l'usufruit. »

Les observations qui précèdent nous montrent combien, selon le mot de M. Demante, la définition du droit gradué est laborieuse et tourmentée. Dans le domaine de la théorie pure, et abstraction faite des avantages et des inconvénients des applications pratiques, le droit gradué est assurément, nous pensons du moins l'avoir établi, un véritable droit fixe. C'est bien là la doctrine des auteurs, des arrêts et de la régie dans ses solutions. Mais les conséquences absolues qu'elle entraînerait sont telles que la régie a reculé. Elle n'a pas osé aller jusqu'au bout, et, dans beaucoup de cas, l'équité étant plus forte que la loi, elle s'est résignée à dénaturer le droit fixe gradué, pour ne pas arriver à des perceptions vraiment exorbitantes. CH. TESTOUD.

DE LA PROPRIÉTÉ DES ALLUVIONS ARTIFICIELLES,

Par Léon CHOPPARD, docteur en droit, avocat à la Cour de Paris.

I. Les grands travaux entrepris pour l'amélioration de nos voies navigables ont eu souvent pour résultat de rendre à la culture des terrains autrefois recouverts par les eaux ou de faciliter la formation d'atterrissements considérables qui ne tardent pas à se consolider et à se couvrir de végétation. La propriété de ces alluvions artificielles a donné lieu entre les riverains et l'État à de graves contestations qui ont reçu des solutions différentes suivant les temps et les circonstances.

Au moment où de grands projets d'endiguement et de canalisation sont à l'étude, il n'est peut-être pas sans intérêt de faire connaître l'état actuel de la question, sur laquelle d'ailleurs la doctrine et la jurisprudence sont loin d'avoir dit leur dernier mot.

II. Il importe tout d'abord d'être fixé sur la question de délimitation des cours d'eau navigables ou flottables. Quelles sont les limites naturelles de ces cours d'eau? où finit le domaine public? où commence la propriété privée? On comprend que cette délimitation ne saurait être abandonnée au

Digitized by Google

mouvement des eaux. La sécurité des droits respectifs de l'État et des particuliers exige une règle moins variable.

Sans entrer dans l'examen des vives controverses auxquelles a donné lieu la délimitation du lit des cours d'eau, il nous suffira de rappeler la solution qui semble prévaloir aujourd'hui en jurisprudence [1].

Les tribunaux reconnaissent généralement que les limites d'un fleuve se déterminent par la ligne que les plus hautes eaux atteignent sans débordement. En d'autres termes le lit du fleuve comprend toute la partie du sol que les eaux couvrent lorsque, coulant à pleins bords, elles arrivent à leur plus grande hauteur et ne pourraient s'élever davantage sans déborder. C'est cette ligne extrême qui marque l'élévation normale des eaux et qui doit être considérée comme la ligne séparative du domaine public et de la propriété privée [2].

Mais une remarque importante doit être faite. Il ne faudrait pas considérer comme débordement les crues périodiques auxquelles sont sujettes certaines rivières. Le lit de ces rivières n'est pas seulement le sol que les eaux occupent en temps ordinaire d'une manière permanente. Il comprend, comme une dépendance nécessaire, les terrains alternativement couverts et découverts suivant la crue ou l'abaissement des eaux. L'état de ces terrains, les bancs de sable ou de galets dont ils se composent, la végétation aquatique qui les recouvre, leur niveau inférieur à celui des propriétés riveraines dont ils sont parfois séparés par une berge plus ou moins escarpée, tout cet aspect indique suffisamment quelle est leur destination naturelle. Tant que le fleuve n'étend son cours que sur ces terrains, il ne sort pas de son lit. Il ne commence à déborder que lorsqu'il les dépasse pour inonder les propriétés riveraines.

Deux arrêts récents du Conseil d'État font une saisissante

[1] Voir *Revue critique*, t. XXXII, mai 1868, article de M. Christophle : De la délimitation des cours d'eau navigables et flottables.

[2] Conseil d'État, 30 mai 1873 (*Pascal*); — *id.*, 8 mars 1866 (*Jallain*); — *id.*, 17 août 1866 (*Riverains du Rhône*); — Cass. ch. civ., 8 décembre 1863; D., 64, 1, 114; — Pau, 1er mars 1876; S., 78, 2, 317; Paris, 7 avril 1858; ., 68, 2, 319; — Décision du directeur des ponts et chaussées du 4 février 1821; — Avis du conseil général des ponts et chaussées du 3 décembre 1860.

Digitized by Google

application de ces principes. Avant de faire droit, ils ordonnent une vérification contradictoire à l'effet de reconnaître si les terrains litigieux « sont recouverts pendant les crues d'hiver par les eaux de la Loire coulant à pleins bords sans débordement et font partie du lit du fleuve ». Par cette disposition, ces arrêts indiquent clairement qu'au point de vue de la délimitation d'un cours d'eau navigable, les crues périodiques ne sauraient être considérées comme des débordements et que les terrains qu'elles recouvrent habituellement font partie du lit de ce cours d'eau, alors même qu'ils restent à sec la plus grande partie de l'année [1].

Cela posé, voyons maintenant quels sont les droits respectifs du domaine public et des riverains.

III. A raison de la mobilité des fleuves et des variations auxquelles leur lit est soumis, il a paru nécessaire d'attribuer aux riverains, comme compensation aux inconvénients du voisinage, les lais et relais qui se forment sur les rives. La propriété riveraine s'accroît alors aux dépens du domaine public en vertu du *droit d'alluvion*. Ce droit est régi par les articles 556 et 557 du Code civil.

Aux termes de l'article 556 : « Les atterrissements et « accroissements qui se forment successivement et imper- « ceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une ri- « vière s'appellent *alluvions*.

« L'alluvion profite aux propriétaires riverains, soit qu'il « s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou « non, à la charge, dans le premier cas, de laisser le marche- « pied ou chemin de halage conformément aux règlements. »

Art. 557. « Il en est de même des relais que forme l'eau « courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives « en se portant sur l'autre; le propriétaire de la rive décou- « verte profite de l'alluvion sans que le riverain du côté « opposé y puisse réclamer le terrain qu'il a perdu. »

De ces dispositions, il résulte que trois conditions sont nécessaires pour l'exercice du droit d'alluvion.

En premier lieu, le bénéfice de l'alluvion ne peut être invoqué que par les propriétaires dont les fonds s'étendent

[1] Conseil d'État, 11 décembre 1874 (*Beauchot*); — *id.*, 23 avril 1875 (*Bellamy*); — Dijon, 5 mai 1865; S., 65, 2, 195; — Ch. req., 8 décembre 1863; D., 64, 1, 114.

Digitized by Google

jusqu'à l'extrémité de la rive et n'ont d'autre limite que le cours d'eau lui-même.

En second lieu, l'alluvion n'est acquise que lorsqu'elle est définitivement formée. Elle n'est considérée comme telle que lorsque, parvenue au niveau des rives, elle a cessé d'être alternativement couverte et découverte par les eaux dans leurs plus grandes crues périodiques. Jusque-là, elle fait toujours partie intégrante du lit de la rivière.

Il faut enfin que l'atterrissement se soit formé *successivement et imperceptiblement*. Peu importe d'ailleurs la cause de sa formation; qu'il soit l'œuvre de la nature seule ou qu'il ait été déterminé par des travaux d'art exécutés par des riverains ou par l'État, il n'en devient pas moins la propriété du riverain au fonds duquel il adhère. Il suffit, mais il faut qu'il se soit formé *successivement et imperceptiblement*.

IV. Ces principes s'appliquent sans difficultés aux alluvions naturelles. Mais que décider lorsqu'il s'agit d'alluvions artificielles?

L'administration fait quelquefois exécuter dans le lit d'un cours d'eau dépendant du domaine public des travaux tels que digues, épis, barrages dans le but précisément de provoquer des dépôts de limon à l'époque des crues ou de soustraire définitivement à l'action des eaux une certaine étendue de terrain. Ces atterrissements, ainsi produits d'une manière plus ou moins soudaine, doivent-ils être considérés comme formés *successivement et imperceptiblement*, et comme tels rangés parmi les alluvions? En d'autres termes, à qui de l'État ou des riverains doit être attribuée la propriété des alluvions artificielles?

Cette question présente de grandes difficultés pratiques qui ont souvent embarrassé la jurisprudence et l'administration.

Lorsque l'État veut faire exécuter des travaux d'endiguement sur les cours d'eau navigables ou flottables, il peut, soit provoquer la formation d'associations syndicales entre les intéressés, conformément à la loi du 21 juin 1865, soit concéder le « droit d'endiguage » en vertu de l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, soit exécuter lui-même les travaux.

Lorsque les travaux sont exécutés par des associations syndicales, celles-ci deviennent évidemment propriétaires des atterrissements produits et des terrains conquis sur les

Digitized by Google

eaux. Leur formation est pour ainsi dire la reconnaissance du droit des associés ou plutôt l'abandon du droit de l'État.

Quant aux concessionnaires, ils sont, par l'effet même de leur contrat, subrogés aux droits de l'État.

Nous n'avons donc qu'à examiner quels sont ces droits au cas où l'État exécute lui-même les travaux.

Deux systèmes sont en présence :

Le premier attribue la propriété des atterrissements aux riverains par l'application des articles 556 et 557 du Code civil. Il réserve seulement à l'État le droit de se prévaloir de l'article 30 de la loi du 16 septembre 1807 aux termes duquel, « lorsque par suite des travaux ordonnés ou approuvés par le gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis. »

D'après le second système, au contraire, les atterrissements qui sont le résultat direct et immédiat des travaux entrepris par l'État et qui par suite se sont formés d'une manière perceptible et instantanée ne peuvent pas être considérés comme des alluvions dans le sens des articles 556 et 557 du Code civil. En conséquence ils doivent appartenir à l'État et non aux riverains.

Ces deux systèmes ont été adoptés tour à tour. Et il n'est pas sans intérêt de voir comment la jurisprudence est arrivée à la solution actuelle.

V. Au commencement du siècle, le gouvernement se regardait comme propriétaire des atterrissements produits par les ouvrages d'art qu'il avait exécutés dans le lit des rivières navigables ou flottables. Seulement il en consentait la concession, à dire d'experts, aux riverains devant l'héritage desquels ces atterrissements s'étaient produits. C'est ce qu'il fit notamment par ordonnance du 24 mars 1825 pour les alluvions formées derrière la digue du pont de Bordeaux. Cette pratique fut même consacrée par divers arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État [1].

[1] Cass. 8 juillet 1829, Archinard; — Bourges, 27 mai 1839, Préfet du Cher; S., 40, 2, 29; — Cass. 12 novembre 1849, Préfet de Seine-et-Oise; D., 49, 1, 284; — Conseil d'État, 1er juin 1849, Lebon, p. 293.

Digitized by Google

Mais il faut bien le dire, la jurisprudence d'alors était indécise. Les prétentions de l'État, vivement critiquées par quelques auteurs, furent même condamnées par certaines cours. Il fut jugé qu'aux termes de l'article 556 du Code civil les atterrissements formés le long des fleuves ou rivières navigables appartiennent par droit d'alluvion aux riverains, alors même qu'ils sont le résultat de travaux d'endiguement entrepris par l'État. « Qu'importe, disait-on, la cause initiale de l'atterrissement? Qu'un mouvement de retraite des eaux ait mis brusquement à découvert une partie de la rivière, ou que cette partie se soit exhaussée insensiblement par un amoncellement successif de sable ou de vase; par cela seul que ce terrain de nouvelle formation adhérera à un fonds riverain, le propriétaire de ce fonds n'en jouira pas moins du droit d'accession que lui accorde la loi. Il se peut que la modification apportée au cours des eaux par la construction d'une digue ait déterminé l'atterrissement. Mais de ce que la cause provient du fait de l'Etat, il ne s'ensuit pas que l'effet produit cesse d'être réglé par la loi au profit du propriétaire riverain. » Et on ajoutait qu'en pareil cas l'État n'avait d'autre droit que celui d'exiger des riverains une indemnité de plus-value suivant les formes et conditions fixées par l'article 30 de la loi de 1807 [1].

VI. A cette époque l'État exécutait de grands travaux d'endiguement. La propriété des alluvions artificielles qui en furent la conséquence donna lieu à de nombreuses difficultés, comme l'attestent les décisions de jurisprudence que nous venons de citer. Aussi le gouvernement s'est-il préoccupé à plusieurs reprises de faire trancher la question par voie législative.

Divers projets de loi furent successivement proposés aux Chambres en 1835, 1837, 1838 et 1842. Ils distinguaient les alluvions naturelles et les alluvions artificielles, et attribuaient les unes aux riverains, les autres à l'État ou aux communautés qui auraient exécuté les travaux. Ces projets furent l'objet de longues discussions. Néanmoins aucun d'eux ne reçut la sanction législative [2].

[1] Chardon, *De l'alluvion*, n° 120. — Paris, 7 juin 1839; D., 39, 2. 250; — Agen, 11 novembre 1840; D., 41, 2, 110; — Ch. req. 6 août 1848; D., 49, 1, 200, Préfet de l'Yonne c. Paris-Labrosse.

[2] *Moniteur universel* des 9, 10 et 11 février 1838.

Digitized by Google

La question s'est présentée de nouveau en 1849 à l'occasion des travaux d'endiguement entrepris par l'Etat pour la canalisation de la basse Seine, en vertu de la loi du 31 mai 1846.

On sait quelle est l'importance de ces travaux. L'endiguement de la Seine n'a pas seulement eu pour résultat d'améliorer la navigation entre le Havre et Rouen, et de protéger les propriétés riveraines contre les inondations ou les corrosions produites par le mascaret. Il a de plus restreint le lit du fleuve et rendu à l'agriculture des terrains d'une étendue considérable [1].

La Chambre de commerce de Rouen, justement préoccupée de cette situation, comprit que le produit de la vente de ces terrains permettrait d'entreprendre d'autres travaux très importants pour la navigation. Dans le but de faire attribuer à l'État la propriété des alluvions considérables formées derrière les endiguements de la basse Seine, elle formula un vœu tendant à l'interprétation législative des articles 556 et 557 du Code civil. « Les alluvions naturelles, disait-elle, doi-« vent seules accroître les propriétés riveraines, et les allu-« vions artificielles doivent appartenir à l'État, par le double « motif que ces alluvions ont pour cause des travaux exé-« cutés au moyen de fonds du Trésor et que le lit de la ri-« vière fait partie du domaine public [2]. »

Une commission spéciale fut instituée en 1849 par le ministre des travaux publics pour examiner la proposition de la chambre de commerce de Rouen. Sur le rapport de son président, M. de Vatimesnil, elle déclara qu'il n'y avait pas lieu d'y donner suite, et formula ainsi son avis : « La com-« mission déclare à l'unanimité qu'il n'y a pas lieu de faire « une loi sur la question de propriété des alluvions artifi-« cielles et qu'il convient d'appliquer aux propriétés appe-« lées à retirer un avantage, soit comme défense, soit comme

[1] Entre Quillebœuf et Tancarville la largeur du lit de la Seine qui était auparavant de 6 kilomètres n'est plus que de 300 ou 400 mètres; de la Meilleraye à Berville 8,600 hectares de dépôts de sable vaseux ont été ainsi transformés en prairies représentant une valeur totale de 21,500,000 francs.

[2] Lettre de la chambre de commerce de Rouen au ministre des travaux publics.

Digitized by Google

« accroissement des travaux exécutés par l'État, le principe « de la plus-value écrit dans l'article 30 de la loi du 16 sep- « tembre 1807[1]. »

Le gouvernement se conforma à l'avis de la commission. A la Chambre des députés, le Ministre des travaux publics déclara que « malgré l'influence évidente que l'exécution des travaux entrepris par l'État a exercée sur la création des alluvions de la Seine, l'administration ne conteste pas, même dans cette circonstance spéciale, l'application du principe général posé par le Code civil sur la propriété des alluvions; mais elle se réserve expressément, vis-à-vis de ces propriétaires riverains, l'exercice du droit de plus-value stipulé au profit de l'État par l'article 30 de la loi du 16 septembre 1807, dans tous les cas où des propriétés privées viennent à acquérir une notable augmentation de valeur par suite des travaux exécutés par le gouvernement ». En conséquence, deux décrets des 15 janvier 1853 et 15 juillet 1854 rendus après enquête et dans la forme des règlements d'administration publique décidèrent : 1° que les dispositions de l'article 30 de la loi du 16 septembre 1807 seraient applicables, au profit de l'État, aux propriétés privées qui avaient acquis ou acquerraient une plus-value par suite de l'exécution des travaux d'amélioration et d'endiguement de la basse Seine; 2° que le montant de l'indemnité qui devait être supporté par ces propriétés était fixé à la moitié de la valeur des avantages qu'elles auraient acquis.

Une décision ministérielle du 11 avril 1864 rendue pour régler les formalités du recouvrement des indemnités de plus-value reproduit les mêmes déclarations.

Ainsi, par ces différentes décisions, l'administration tranchait elle-même au profit des riverains la question de la propriété des alluvions artificielles et se contentait d'appliquer les dispositions de l'article 30 de la loi de 1807.

VII. Mais cette pratique administrative ne devait pas faire jurisprudence. Il est même permis de s'étonner de la facilité avec laquelle dans ces circonstances le gouvernement a abandonné les droits de l'État, malgré les judicieuses observa-

[1] Procès-verbaux de la commission d'enquête.

Digitized by Google

tions de la chambre de commerce de Rouen et l'opinion des auteurs les plus considérables de l'époque[1].

Il semble que la Cour de cassation se soit inspirée de ce sentiment pour résoudre les difficultés dont elle a été saisie relativement aux alluvions de la basse Seine. En effet, elle n'a tenu compte ni de l'avis de la commission spéciale, ni des déclarations ministérielles pour déterminer les droits respectifs de l'État et des riverains. Elle interprète souverainement la situation de façon à sauvegarder en principe les droits de l'État et à limiter à l'espèce l'effet des décrets de 1853 et de 1854. Loin d'attribuer aux riverains la propriété des alluvions, quelle que soit la cause de leur formation; elle distingue au contraire les alluvions naturelles des alluvions artificielles, pour attribuer les unes aux riverains et les autres à l'État lorsqu'elles sont le résultat direct et immédiat de ses travaux. Suivant la Cour de cassation, ce n'est pas en vertu du droit d'alluvion que les riverains sont devenus propriétaires des atterrissements produits par les travaux d'endiguement de la basse Seine. Ces atterrissements étaient « la propriété exclusive de l'État » qui a pu, en vertu de l'article 41 de la loi de 1807, en disposer au profit des riverains et fixer à son gré les conditions de l'abandon[2].

En décidant ainsi, la Cour de cassation n'a fait que mettre la solution des questions relatives aux alluvions de la basse Seine en harmonie avec le système actuel de la jurisprudence.

Il nous reste à exposer et à justifier ce système.

VIII. Après les quelques hésitations que nous avons précédemment signalées, la jurisprudence paraît être aujourd'hui unanime pour résoudre, suivant une distinction, la question de la propriété des atterrissements résultant des travaux d'art, tels que ponts, digues ou barrages exécutés par l'État sur une rivière navigable ou flottable.

Si les atterrissements se sont formés d'une manière pro-

[1] Daviel, *Des cours d'eau*, t. I, n° 280; Garnier, *Régime des eaux*, t. I, n° 236; Hennequin, t. I, p. 283.

[2] Ch. civ., 7 avril 1868: D., 68, 1, 195; — Préfet de l'Eure c. héritiers de Condé; — Paris, 6 août 1870, *id.*; — *Rapp.*: Conseil d'État, 4 mai 1870, Sément, 548; — *id.*, 1er juin 1870, Morin, 678; — *id.*, 30 juillet 1875, Levacher, 749.

Digitized by Google

gressive et imperceptible, ils constituent alors une véritable alluvion qui, aux termes des articles 556 et 557 du Code civil doit profiter aux propriétaires riverains. Dans ce cas, en effet, ils ne sont en réalité que le résultat de l'action lente et naturelle des eaux sur laquelle les travaux de l'État n'ont eu qu'une influence accidentelle et secondaire. Cette circonstance ne peut mettre obstacle à l'application de la règle qui attribue les alluvions au riverain du moment que l'atterrissement formé offre tous les caractères de l'alluvion.

Au contraire, si les atterrissements se sont formés d'une manière perceptible et instantanée, et sont le résultat prévu, immédiat et nécessaire des travaux exécutés par l'État, c'est à l'État qu'ils doivent appartenir.

Cette distinction aussi simple qu'équitable n'est que l'application rationnelle de la loi. En effet que disent les articles 556 et 557 du Code civil? que l'alluvion est l'atterrissement qui se forme *successivement* et *imperceptiblement* aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière; qu'elle profite au propriétaire riverain et qu'il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire *insensiblement* de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Est-ce que nous rencontrons ces conditions dans les atterrissements qui sont le résultat immédiat et nécessaire des travaux exécutés par l'État?

Lorsque la digue établie pour resserrer le lit de la rivière en retranche immédiatement une étendue considérable de terrains qui n'étaient submergés qu'au moment des crues, peut-on dire que ces terrains désormais soustraits à l'action des eaux sont des relais formés par le retrait *insensible* de l'eau courante?

Peut-on dire que les dépôts provoqués par un système de colmatage sont des atterrissements formés *successivement* et *imperceptiblement*? On sait en quoi consiste l'opération du colmatage [1] : une rivière a un lit très large qui n'est rempli qu'au moment des crues. Des épis ou digues parallèles, perpendiculaires aux rives, sont établis de façon à faire

[1] Consulter l'ouvrage de M. Nadault de Buffon, *Des submersions fertilisantes*. — Un arrêt de Bordeaux du 4 avril 1870 donne une remarquable description des alluvions artificielles produites par le colmatage.

Digitized by Google

obstacle au courant sur une partie déterminée de la grève. Lorsque la crue se produit, les eaux limoneuses pénètrent dans les intervalles des digues, y séjournent et y forment ainsi des dépôts de vase et de limon qui ne tardent pas à s'élever au-dessus du niveau normal des eaux et deviennent bientôt de fertiles prairies. Peut-on dire que ces dépôts, ces *remblais artificiels*, se sont formés d'une manière insensible? Non. Les caractères de l'alluvion ne se rencontrent pas ici. Le résultat produit n'est pas l'œuvre lente et continue du temps et de la nature. C'est le fait de l'homme qui d'une manière sensible et immédiate a créé l'atterrissement. Dès lors les conditions prévues par les articles 556 et 557 faisant défaut, les articles ne sont pas applicables, et les riverains sont sans droit pour revendiquer la propriété de l'atterrissement.

Mais il y a plus : le droit de l'État est reconnu de la façon la plus positive par la loi du 16 septembre 1807. L'article 41 de cette loi autorise le gouvernement à concéder « *le droit d'endiguage*, les accrues, les atterrissements et les alluvions des fleuves. » Il suppose nécessairement que le concessionnaire trouve dans la propriété des alluvions la rémunération de ses travaux. Or cette propriété, l'État ne peut la céder que si elle lui appartient. En l'autorisant à faire cette cession, la loi reconnaît donc implicitement qu'il est propriétaire des alluvions résultant des travaux d'endiguement.

IX. La thèse que nous soutenons compte peu de partisans dans la doctrine. Les auteurs qui la combattent nous paraissent ne pas tenir suffisamment compte du côté technique de la question. Ils s'attachent à la démonstration théorique du droit des riverains, sans se préoccuper de la cause qui détermine la formation de l'alluvion, ni de la manière dont cette formation elle-même s'opère.

Ainsi ils objectent que la situation des riverains est sacrifiée au profit du domaine public; que l'État n'a pas le droit de les priver de toute contiguïté avec la rive du cours d'eau; qu'il n'a pas le droit de leur enlever autrement que par expropriation pour cause d'utilité publique, les bénéfices que la loi civile leur attribue, comme compensation des inconvénients résultant pour eux du voisinage des cours d'eau; qu'il n'a pas le droit de créer à son profit des atterrissements

Digitized by Google

pour les réclamer ensuite comme s'étant produits en dehors des conditions prévues par les articles 556 et 557 [1].

Il est facile de répondre à ces objections qui méconnaissent les droits de l'État, la situation des riverains et les conditions de la formation des alluvions artificielles.

L'État en effet a le droit de faire sur les cours d'eau tous les travaux qu'exige l'intérêt général et notamment tous les travaux d'endiguement nécessaires non seulement pour faciliter la navigation ou protéger les propriétés contre les inondations, mais encore pour rendre à l'agriculture d'immenses terrains incultes.

Sans doute si des travaux, exécutés par l'État, ont pour effet d'enlever aux riverains les avantages immédiats résultant de la contiguïté de l'eau courante; s'ils les privent de la faculté qu'ils avaient d'arroser leurs terres; s'ils interceptent des prises d'eau, des canaux d'irrigation ou de desséchement, s'ils rendent la rive inabordable et empêchent désormais les riverains de se servir du cours pour le transport de leurs produits ou l'exploitation de leurs fonds et de leurs usines; sans doute dans tous ces cas, les riverains éprouvant un dommage direct seront fondés à réclamer une indemnité. Mais telle n'est pas la situation qui nous occupe. Lorsque l'État entreprend des travaux d'endiguement pour conquérir sur le lit d'un fleuve des terrains propres à l'agriculture, c'est généralement sur des marais ou des grèves que l'eau ne couvre qu'à l'époque des crues. Et alors, quels sont donc les avantages que les riverains retirent du voisinage du cours d'eau? Leurs fonds sont bien contigus au lit de ce cours d'eau, mais il sont séparés du chenal ordinaire de l'eau courante par une étendue de grèves qui atteint quelquefois plusieurs kilomètres : d'où ni irrigations, ni transports possibles. Et si, au moment des crues, le fleuve atteint la limite des fonds riverains, son voisinage, loin d'être pour eux un avantage, devient le plus souvent un danger.

Il est également inexact de dire que l'État ne peut pas créer à son profit des atterrissements dans le lit des cours d'eau navigables ou flottables. L'État est propriétaire de ce

[1] Marais, *Des alluvions artificielles;* — Chardon, *De l'alluvion*, n° 120 et suiv. — Agen, 14 novembre 1840; D., 41, 2, 110.

Digitized by Google

lit. Il peut en disposer comme il l'entend ; y faire tous travaux qu'il juge utiles pour conquérir des terrains, créer des atterrissements sans que les riverains puissent en revendiquer la propriété, en vertu de leur droit d'alluvion. Cela est si vrai, que l'article 560 du Code civil attribue précisément à l'État la propriété de tous les atterrissements produits en dehors des conditions exigées par l'article 556 pour constituer l'alluvion; et que l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807 lui donne expressément le droit de disposer des alluvions imparfaites, « de les distraire du domaine public pour être aliénées en toute propriété au profit du Trésor » [1].

Les riverains ne sont pas fondés à se plaindre de cette opération, puisque sans les travaux d'endiguement, il est bien certain qu'ils n'auraient jamais acquis aucune alluvion. Ils ne peuvent pas davantage prétendre qu'on les prive des bénéfices éventuels de l'alluvion auxquels ils ont droit comme compensation des inconvénients auxquels ils sont exposés. Leurs fonds se trouvant désormais protégés par les travaux de l'État contre l'action des eaux, comment auraient-ils droit à des bénéfices comme compensation d'inconvénients auxquels ils ne sont plus exposés?

En un mot, l'État peut seul se dire propriétaire des alluvions artificielles, créées par lui sur un sol qui lui appartient. Les riverains n'y ont aucun droit. Quant au prétendu droit éventuel qu'ils auraient sur les alluvions futures, ce n'est là qu'une espérance plus ou moins certaine qui ne peut mettre obstacle aux travaux que l'État entreprend dans l'intérêt général [2].

X. Comme nous l'avons déjà dit, cette doctrine tend à prévaloir en jurisprudence. On peut notamment citer deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 8 décembre 1863 et l'autre de la Cour de Bordeaux du 4 avril 1870. Ces arrêts méritent plus spécialement d'arrêter l'attention parce qu'ils posent nettement les principes : le premier sur les atterrissements créés en arrière des digues par le seul effet du

[1] Avis du Conseil d'État du 5 avril 1858.

[2] Comp. Daviel, t. I, n° 280; — Demolombe, n° 69; — Garnier, t. I, n° 236; — Aubry et Rau, t. II, § 203, p. 249; — Proudhon, *Domaine public*, n° 748; — Plocque, *Des cours d'eau*, t. I, n° 32.

Digitized by Google

retrait des eaux, et le second sur les atterrissements produits par un système de colmatage [1] :

Ainsi la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en ce sens que la propriété des alluvions artificielles qui sont le résultat prévu et immédiat des travaux d'endiguement ou de colmatage exécutés par l'État, appartient à l'État et non aux riverains. Toutefois, nous devons signaler la tendance de quelques tribunaux à tempérer la rigueur de cette décision en reconnaissant aux propriétaires riverains, en cas de mise en vente par le Domaine des terrains alluvionnaires, un droit de préemption par extension, pour cause d'analogie, des dispositions des lois du 16 septembre 1807 (art. 53), du 21 mai 1836 (art. 19) et du 24 mai 1842, qui accordent ce privilège aux propriétaires riverains des portions déclassées des voies publiques [2].

Cette extension a été quelquefois consacrée par la pratique administrative [3].

XI. Enfin, est-il besoin de faire ressortir les avantages considérables que présente le système qui attribue à l'État la propriété des alluvions artificielles? L'expérience a montré que dans la plupart des cas les associations syndicales des riverains sont impuissantes et que les travaux d'endiguement nécessitent l'intervention de l'État. On comprend combien cette intervention sera facilitée si l'État, au lieu d'exécuter lui-même les travaux peut avoir recours à la concession, ce mode d'exécution si puissant et si économique. Or, quels travaux méritent plus d'être encouragés que les travaux d'endiguement et de colmatage? Ils règlent le cours des eaux, assainissent la contrée, arrêtent les inondations, améliorent la navigation, rendent à l'agriculture de vastes étendues de

[1] Ch. req. 8 décembre 1863; D., 64, 1, 114, Petit *c.* commune de Trouville; — Bordeaux, 4 avril 1370, Gièze *c.* préfet de la Gironde (*Annales des ponts et chaussées*, 1876, numéro de mars, p. 301); — Dijon, 5 mai 1865; S., 65, 2. 195.

[2] Dijon, 5 mai 1865; S., 65, 2, 195; — Bordeaux, 4 avril 1870, Gièze; — Ch. req. 19 mai 1858; S., 59, 1, 150; — Ch. req. 23 décembre 1873; D., 77, 1, 154; — Conclusions de M. Reverchon.

[3] Décisions ministérielles des 13 juillet 1837 et 2 octobre 1844; — Conseil d'État, 1er juin 1849, Barrière. — *Contrà :* M. Ducrocq, *Traité des ventes domaniales*, n° 274; — Cotelle, *Droit administratif*, t. IV, n° 975; — Avis du conseil général des ponts et chaussées, 3 décembre 1860.

Digitized by Google

terrain et contribuent par ces divers résultats à augmenter la richesse générale du pays.

Ces avantages n'ont pas échappé aux auteurs du projet de Code rural. Dans les articles 103 et 104, ils attribuent à l'État ou aux concessionnaires la propriété d'alluvions artificielles, en laissant néanmoins aux propriétaires riverains un droit de préemption, et consacrent ainsi législativement le système que nous venons d'exposer[1]. LÉON CHOPPARD.

DE L'INDÉPENDANCE DES JUGES DE PAIX,

Par M. Félix BERRIAT SAINT-PRIX, docteur en droit.

Tout juge a besoin d'indépendance. Sa mission est de dire, après avoir impartialement formé sa conviction, si le fait qui sert de base à la prétention des parties est vrai et si cette prétention est légitime. Mais, sans sécurité, pas d'impartialité; le magistrat qui craint de perdre sa place ou de n'en pas obtenir une meilleure, trahira plus d'une fois peut-être la vérité et la justice. Cette idée est vraie, quelque exigu que soit l'objet litigieux, quelle que soit la nature de l'action, réelle ou personnelle, possessoire ou pétitoire.

Les hommes qui se font attribuer le pouvoir, ou veulent un gouvernement fort, réservent au pouvoir exécutif la désignation des membres de l'ordre judiciaire; ils sont approuvés par les publicistes qui voient dans l'action de dire le droit (*juris dictio*) un mode d'exécution des lois et refusent d'investir un jury nombreux et instruit du pouvoir de désigner, après vérification publique, les candidats les plus capables. Les systèmes qui font émaner d'un homme le pouvoir judiciaire, ou distinguent l'institution de la nomination, aboutissent au même résultat.

Pourtant, la plupart des constitutions qui chargent le pouvoir exécutif de nommer les juges, les protègent par le bénéfice de l'inamovibilité. La constitution du 4 janvier 1852, rédigée par l'auteur d'un coup d'État, le sénatus-consulte du 20 avril 1870, ratifié par un plébiscite qui semblait la consoli-

[1] *Journal officiel* des 30 octobre, 1, 2 et 3 novembre 1876.

Digitized by Google

dation définitive de l'Empire, s'en expliquent en termes formels et assez larges pour être littéralement invoqués au profit des juges de paix (voir mon *Dr. const.*, p. 757). La loi constitutionnelle du 25 février 1875 établit un président, contrairement à l'idée exposée dans mon plan de constitution (mars 1848) et proposée à la constituante par M. Grévy (7 octobre). Le président, d'après l'article 3-4°, nomme à tous les *emplois;* la question de l'inamovibilité, passée sous silence, reste dans le domaine du pouvoir législatif, même à l'égard des juges de paix. Pourquoi donc le gouvernement les maintient-il dans sa dépendance, au lieu de corriger enfin l'article 52 de la Charte? « Dupin aîné s'est chargé de la réponse : il peut se faire, dit-il dans ses notes sommaires sur la constitution de 1848, qu'un juge de paix soit « corruptible : *quid* si ignorant?... et s'il est brutal? » L'illustre orateur ne supposait pas que jamais de semblables épithètes pussent s'appliquer à des magistrats d'un ordre plus élevé. Mais le Code pénal punit assez la corruption; quant à l'ignorance et à la mauvaise éducation, il est bien facile d'exiger des diplômes et une vérification de capacité préalable, comme le voulait la constitution de 1848 (art. 85); des listes de candidats présentées par le ministère public sont évidemment insuffisantes, d'autant mieux qu'on ne les demande pas toujours; Dupin avouait naïvement qu'on ne l'avait jamais consulté. Il est vrai que l'on exige encore l'âge de trente ans en vertu de la Constitution de l'an III; mais ces règles ont été faites avec si peu d'ensemble qu'on admet les majeurs de vingt-sept ans à siéger dans les Cours d'appel (loi du 20 avril 1810, 65). En somme, si la dispense de preuves préliminaires de capacité est la cause qui empêche les juges de paix de devenir inamovibles, il n'y a lieu d'en féliciter, ni eux, ni le public.

Le gouvernement a si peu de confiance dans les juges de paix de son choix qu'il laisse les parquets exercer sur eux une *surveillance* continue. Les magistrats du ministère public, privés eux-mêmes de l'inamovibilité que leur octroyait la loi des 16-24 août 1790, surveillent en fait les juges amovibles. J'ai entendu l'un d'eux qualifier cette mission de « police des juges de paix »; il les assimilait apparemment à des hommes de profession suspecte. — Sur quel texte se fonde un

Digitized by Google

pouvoir aussi redoutable? On peut le rattacher à la loi du 20 avril 1810, loi dont la date préjuge l'esprit hiérarchique et militaire, et qui transforme les juges d'appel en « conseillers de Sa Majesté ». Elle défend aux juges de compromettre la *dignité* de leur caractère (art. 49), sous peine de censure et de suspension *provisoire* (art. 50). Mais elle statue pour *tous* les juges, même inamovibles; mais elle exige un avertissement préalable du *président* (art. 49) et réserve au *tribunal* de première instance le droit de prononcer la peine (art. 52); il paraît même que la sentence doit être soumise à la Cour (art. 51); aucune décision n'est prise que le juge inculpé n'ait été *entendu* (art. 55). Le ministère public, il est vrai, peut requérir l'avertissement du président (art. 49) et donne des conclusions écrites devant le tribunal (art. 55); de là sans doute dérive le droit de surveillance ou d'*inspection*, comme on voudra l'appeler. Un logicien serré contesterait peut-être la conséquence; il repousserait sûrement l'interprétation exorbitante en vertu de laquelle un juge de paix se voit parfois *mander au parquet* (!!) sans énoncé de motif, comme un prévenu que l'on veut surprendre par des questions posées à l'improviste. La loi de 1810 réserve cette prérogative, fort sujette à critique, au ministre de la justice (art. 57).

Les inspections, patentes ou non, se résument en des notes *secrètes*, susceptibles d'être indéfiniment conservées et motivant une destitution, fût-ce après plusieurs années d'intervalle. Pourtant, de deux choses l'une : ou les critiques sont fondées, ou elles ne le sont point. Dans le premier cas, on devrait mettre le juge à même d'améliorer sa méthode, de sauver sa place en sacrifiant des opinions auxquelles il n'attache qu'une importance médiocre, par exemple, à propos de costume, s'il préfère la loi du 3 brumaire an IV et les idées modernes à un simple arrêté consulaire (2 nivôse an XI). Si les critiques sont injustes, on viole les principes du droit en paralysant la défense.

Même avec un fond d'exactitude, des notes cachées sont certainement *incomplètes* : celui qui en est l'objet n'a pu communiquer ses bonnes intentions. — Supposez qu'un juge de paix, ami de la gratuité judiciaire et du progrès en général, entreprenne de substituer les comparutions *volontaires*

Digitized by Google

aux citations; il en pourra résulter une certaine confusion dans son audience, surtout si l'huissier veut venger ses intérêts lésés. Que le substitut *inquisiteur* (passez-moi le terme) se présente alors, avant que l'huissier soit rentré dans le devoir, il verra l'effet, mais n'en connaîtra pas la cause. — Le zèle pour la *conciliation*, si laborieuse quand les parties envoient des intermédiaires, amène des embarras analogues. Or, selon une opinion assez raisonnable, le juge de *paix* doit toujours être conciliateur, même à son audience. — L'*interrogatoire* perpétuel des plaideurs (hommes d'affaires mis à l'écart) est, à mon sens, le meilleur moyen de découvrir la vérité. Il est difficile de pratiquer cette méthode, beauconp trop négligée par les tribunaux solennels, sans apparence de désordre. Presque tous les plaideurs veulent développer leur cause avant l'heure ; sentant le côté faible de leurs prétentions, ils n'aiment pas se voir forcés de répondre oui ou non àdes questions précises; leur impatience expose plus d'une fois l'interrogateur à perdre son sang-froid. Les juges qui n'interrogent point échappent sans grand mérite à ce danger. Observons, en passant, combien il est aisé de tenir une audience devant un public choisi ou contenu par de nombreux agents alors que des avoués ou des avocats portent seuls la parole.

Le substitut caché dans l'auditoire apercevra les défauts ; comment découvrira-t-il les bonnes qualités ? Qui lui révélera que le juge repousse les sollicitations [1] tout en éclairant les indigents par des consultations bénévoles? Comment saurait-il que le magistrat vient au secours des pauvres de diverses manières : en écrivant des lettres gratuites aux adversaires des ouvriers, des domestiques, des demandeurs de pensions alimentaires [2]...? en rabattant les défauts si le dé-

[1] Les juges de paix de Paris, bien mieux rétribués que ceux de la banlieue, sans avoir besoin du petit grappillage des transports, sont à peu près dispensés des scellés par le zèle de leurs suppléants ; ils sont, en outre, débarrassés des *visites* importunes ; le plaideur s'adresse à la mairie où il rencontre le greffier. Dans la banlieue, il va chez le juge de paix dont tout le monde lui indique la demeure ; quant aux suppléants, ils habitent Paris ou sont notaires dans la localité, ce qui n'est guère plus avantageux pour le titulaire.

[2] M. Dufaure oubliait les pauvres quand il écrivait (compte rendu de la justice) que la cherté des avertissements nuit aux seuls chicaneurs.

Digitized by Google

faillant survient avant le départ du comparaissant? en obtenant des délais par son influence morale? en détournant les propriétaires de ces commandements toujours superflus [1], de ces saisies gageries rarement nécessaires dont les riches ignorent le nom?

Quelque opinion qu'on adopte sur la surveillance pratiquée d'office, on avouera qu'elle devient illégale, quand elle prend la forme d'un *recours* par voie contentieuse; or c'est ce qui arrive, si son existence est connue des plaideurs ou plutôt des gens d'affaires. Toutes les fois qu'un résultat judiciaire les gêne, ils adressent une sorte de *plainte* au procureur de la République ou au procureur général; quelques-uns remontent au ministre, au chef du pouvoir exécutif, lesquels renvoient au parquet. Le ministère public devrait toujours repousser cet appel irrégulier; loin de là, il l'accueille trop souvent et demande au juge les explications « *nécessaires* (!) pour apprécier la plainte ». Cette exigence touche à l'absurde, quand les actes attaqués sont des JUGEMENTS. On pardonnerait à la rigueur au plaideur ignorant qui se plaint d'avoir perdu un procès; mais comprend-on qu'un procureur de la République, un ministre même forcent un juge de paix de répondre à des questions susceptibles d'être résumées ainsi:

Pourquoi avez-vous *débouté* le plaignant de sa demande? (Affaire Ancellet-Perrot; lettre ministérielle, mars 1879.)

Pourquoi avez-vous jugé le plaignant par défaut? (Affaire Cailleux-Patinotte; lettre du parquet, mars 1877.)

Ai-je besoin de rappeler que le juge est libre de statuer suivant sa conviction? *Nul* n'a droit de lui en demander compte, pas même les magistrats, *à fortiori* les administrateurs, encore qu'ils occupent une position plus élevée. S'il en était autrement, ce seraient eux en réalité qui rendraient la justice. Un juge inamovible, même sous l'empire de la loi de 1810, ne craint pas qu'on lui demande pourquoi il a

[1] On devrait supprimer le prétendu commandement de l'article 819 (C. proc.); c'est une sorte d'avis au locataire de mauvaise foi, qu'il a quarante-huit heures pour emporter ses meubles. La saisie gagerie rassure le propriétaire; mais il devrait en supporter les frais, quand il ne prouve pas que ses inquiétudes étaient fondées. Mieux vaut, en général, permettre la citation et ordonner l'expulsion sur minute, s'il n'y a un fort acompte.

Digitized by Google

condamné telle personne. Il en serait quitte pour répondre froidement qu'il a exercé ses attributions légales. Le juge amovible voit sans cesse la destitution suspendue sur sa tête ; une réponse trop sèche attirerait peut-être la foudre. Aussi, n'allez pas croire que l'absurdité des plaintes en paralyse l'effet : hélas, non! Elles troublent toujours un peu le sommeil[1]; on perd le temps à écrire quatre pages qu'on sait destinées au rebut, mais qu'un hasard imprévu placerait peut-être sous les regards du chef. Et puis, oubliez-vous le proverbe : « Pas de fumée sans feu? » La multitude même des tracasseries fait à la longue supposer un mécontentement général; il en résulte une impression défavorable, toute vague qu'elle soit, prétexte bien suffisant pour qui n'a même pas besoin de prétexte.

Le parquet invoquerait peut-être en faveur de ses prétentions une objection spécieuse : les juges de paix sont investis d'attributions très diverses, dont quelques-unes sont extrajudiciaires; telle est l'apposition des *scellés*, fonction désagréable qui place le juge en présence d'un cadavre ou au milieu d'une cérémonie funèbre, et le contraint de lutter contre un préjugé trop répandu, qui considère cette mesure comme injurieuse et spoliatrice. Selon moi, l'apposition des scellés devrait être transférée aux commissaires de police; si l'on persiste à en grever les juges de paix, il convient de les indemniser par un supplément d'honoraires subordonné à leur présence effective; on préviendra de la sorte un laisser-aller fâcheux qui prive le public d'une garantie légale et affecte les apparences d'un faux dans le protocole suivi par les greffiers. Quoi qu'il en soit, le Code de procédure (art. 921) charge le président et non le ministère public de statuer en dernier ressort sur les difficultés relatives aux scellés. — A l'égard des autres attributions, il suffit d'observer qu'elles sont *accessoires* et dévolues aux juges, uniquement pour économiser les honoraires qu'exigerait un fonctionnaire spécial. Les lois qui, à certaines époques, ont chargé les juges de première instance de présider des collèges électoraux, ne les rendaient point amovibles. — Enfin, si le

[1] Elles sont souvent précédées de menaces. Quant aux injures anonymes, il est permis de les mépriser.

Digitized by Google

ministère public délègue ses *propres* fonctions aux juges de paix, par exemple, la vérification de l'état civil (C. civ. 53), l'appréciation d'immeubles expropriés sur des incapables [1], que ce soit à ses risques et périls. Même réflexion pour les envois de pièces, d'ordres de citer... et autres qui transforment le juge en *agent* subalterne de communication.

Il me reste à parler des *conflits de doctrines* avec le tribunal de première instance, juge d'appel, et avec la Cour suprême. Un jugement constitue-t-il une *faute*, lorsqu'il est réformé ou annulé? Non, en principe. Les bévues juridiques manifestes seront à peu près impossibles, lorsqu'on exigera des preuves préliminaires de capacité. Les dissentiments sur le *fait* litigieux seront souvent à l'avantage des juges de paix, s'ils usent constamment de l'interrogatoire personnel. Les dissentiments sur le *droit* supposent (v. ma *Logique jurid.*) une antinomie ou une opposition entre le texte et les principes; la solution, parfois impossible, est toujours difficile. D'ailleurs, aucun Tribunal, fût-ce la Cour de cassation, n'a le pouvoir législatif; donc le juge inférieur, amovible ou non, conserve sa liberté et le droit de maintenir sa jurisprudence. Que les Chambres interviennent!

Prenons un exemple. Selon le tribunal de première instance de la Seine, la signature des parties qui demandent jugement (C. proc. 7) est requise *ad solemnitatem* (!); le jugement rendu sans cette signature est annulé [2] sur la simple assertion d'un avoué, non contredit par son confrère, sans interroger la partie qui a payé la mise au rôle, sollicité par écrit des remises, requis des rapports d'experts, en un mot, procédé comme elle l'aurait fait sur citation. Cette doctrine est au moins controversable. Le juge, sur son siège, est compétent pour attester d'une manière authentique le consentement que donnent *à la barre* des plaideurs dont l'identité est reconnue. Le tribunal de la Seine paraît appliquer

[1] Les substituts qui demandent à un juge de paix du département de la Seine la valeur d'un fonds *extra muros*, ignorent visiblement qu'on ne trouve pas de juges de paix dans la banlieue et qu'il faut y envoyer des parisiens.

[2] Le ministère public tranche la question dans le même sens dans ses tableaux de *statistique*, où nulle colonne n'est ouverte aux comparutions constatées par le seul jugement.

Digitized by Google

lui-même le principe aux demandes reconventionnelles ; et, ce qui est plus grave, il faut bien l'admettre en simple police, en présence d'un texte formel (instr. cr. 147), quoique la partie civile soit libre d'élever sa demande sans limites[1]. Voir aussi C. proc. 48 *in fine*. L'article 7-2° (C. proc.) reste applicable *au greffe* Donc un juge de paix peut se croire fondé à dispenser les plaideurs d'un acte inutile dont le *coût* équivaut à celui d'une citation ; il suffit, si son jugement est en premier ressort, qu'il les avertisse du danger auquel les expose la jurisprudence.

L'idée d'asservir la conviction du juge inférieur à celle de supérieur, est à peine tolérable quand le second est plus instruit ; elle devient absurde dans l'hypothèse inverse[2]. Le juge de paix est-il coupable d'être docteur en droit et docteur plus ancien que ses collègues du deuxième degré de jurisdiction ? S'il est romaniste passable, devra-t-il s'abstenir, à leur exemple, de puiser des arguments de source dans les textes romains[3] ? Est-il même tenu d'imiter servilement la rédaction vulgaire des arrêts et de multiplier les QUE jusqu' satiété ?

A l'heure où j'écris on nomme encore les juges de paix sans preuve de mérite ; on les révoque sans preuve de démérite : *revoco quia revoco*. La destitution aveugle frappe le magistrat que l'on suppose hostile ou incapable ; on ne l'admet point à la preuve contraire. Rien ne lui sert d'avoir défendu, comme publiciste, les doctrines de ceux-là même qui le destituent ; — d'avoir obtenu, il y a quarante ou cinquante ans, un diplôme de docteur ; — d'avoir accumulé les volumes et les manuscrits. J'omets le droit romain et les théories abstraites du droit civil : beaucoup, au palais et au ministère, n'y voient que des subtilités sans intérêt pratique ; mais on n'écoutera pas mieux le juge révoqué s'il veut ra-

[1] J'ai réclamé, vainement jusqu'ici, la rectification du texte (I. cr. 172) qui interdit l'appel à la partie civile, fût-il question de 100,000 francs ! Peut-être le rédacteur n'avait-il pas aperçu la portée de sa décision.

[2] Le juge d'appel, disait dès le 2e siècle Ulpien, gâte parfois la sentence du premier juge : *Nonnumquam bene latas sententias in pejus reformat.*

[3] Faute d'avoir consulté le Digeste, la Cour de cassation a laissé échapper plus d'une décision critiquée par l'École, par exemple en matière de possession d'état.

Digitized by Google

conter ses efforts pour diminuer les procès et les frais de justice, pour protéger les plaideurs ignorants contre les finesses des gens d'affaires; — s'il offre à l'énergie réformatrice du gouvernement une foule d'améliorations législatives auxquelles on ne paraît pas songer.

Est-on tenu d'avertir le juge destitué? Nullement : il apprendra son sort par le *Journal officiel*, ou, au pis aller, par la *visite* de son successeur; heureux s'il ne tient pas l'audience et n'a pas laissé échapper des jugements de validité douteuse. Un père de famille sans fortune est toujours à temps, fût-il septuagénaire, de reprendre son ancienne profession. Le successeur, prévenu d'avance, a pu, pendant un mois ou deux, caché dans l'auditoire, étudier les mœurs judiciaires du canton et les défauts de son prédécesseur.

Le juge révoqué recourt par la voie *gracieuse;* le silence lui répond.

Espérons que le progrès républicain s'étendra aux juges de paix. Qu'on les soumette à une vérification publique de capacité; qu'on laisse peser sur eux la responsabilité doctrinale; mais qu'on les mette à l'abri des tracasseries; qu'on les protège surtout contre le caprice ou l'erreur involontaire du pouvoir exécutif. FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

I. LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE ET LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER,

Par M. Ch. Fliniaux, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation[1].

II. CODES DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE. BREVETS D'INVENTION,

Par M. Ambroise Rendu, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris[2].

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les auteurs de ces petits volumes ont eu tous deux un but analogue : ils ont voulu sous une forme abrégée faire connaître aux personnes qui ne peuvent pas étudier d'une façon approfondie les lois françaises et étrangères, les dispositions principales de ces lois. Seulement M. Fliniaux s'est occupé à la fois de la propriété industrielle, littéraire et artistique ; M. Rendu s'est borné à traiter des brevets d'invention, en annonçant d'autres publications du même genre sur les autres branches de la propriété industrielle. En se restreignant ainsi, M. Rendu a pu faire une œuvre bien plus développée que celle de M. Fliniaux. Mais nous regrettons que M. Rendu ait limité arbitrairement son sujet. Il laisse de côté tout ce qui concerne la contrefaçon des inventions brevetées, réservant cette matière pour un second petit volume. M. Rendu aurait dû au moins épuiser la matière des brevets d'invention.

Si ce ne sont pas là des travaux ayant une haute valeur scientifique, du moins ils peuvent avoir une grande utilité pratique. Pour arriver à la perfection dans des ouvrages de ce genre, il faut aux auteurs une connaissance approfondie des parties de la législation dont ils s'occupent. MM. Fliniaux et Rendu possèdent très bien assurément les lois françaises et notre jurisprudence a peu de secrets pour eux. Connaissent-ils aussi bien les lois étrangères qu'ils analysent? Nous en doutons quelque peu. L'un et l'autre com-

[1] 1 vol. in-12, 1879, Delagrave, éditeur.
[2] 1 vol. in-12, 1879, Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs.

Digitized by Google

mettent sur les législations des pays étrangers des erreurs fâcheuses. Ainsi M. Fliniaux dit que les lois de 1826 et de 1849 sont en Espagne, selon ses expressions « les documents législatifs » sur les brevets d'invention, alors qu'une très importante loi a été promulguée sur cette matière en 1878! Nos auteurs ne paraissent pas connaître parfaitement la loi allemande du 25 mai 1877. D'abord ils en ignorent la date, pour l'un elle est du 3 mai 1877, pour l'autre du 1er juillet. Cela ne serait rien encore, mais ils se trompent sur plusieurs dispositions de cette loi. M. Fliniaux (p. 195) dit que d'après la loi allemande, les inventions de produits alimentaires ou pharmaceutiques et celles qui sont contraires aux lois et aux bonnes mœurs ne sont pas brevetables. Il oublie l'importante disposition qui déclare aussi non brevetables les produits chimiques.

MM. Fliniaux et Rendu se trompent aussi d'une façon assez singulière sur des questions de compétence et de voies de recours. On sait qu'il y a à Berlin un office des brevets (*Patentamt*) chargé à la fois de statuer après examen sur la demande en délivrance de brevets et sur les demandes en nullité ou retrait (déchéance de brevets). La décision de l'office des brevets est susceptible d'un recours. M. Rendu (p. 199) prétend que l'appel est porté devant *une seconde commission* et qu'il y a un second recours possible devant *le tribunal supérieur de Leipzig*. M. Fliniaux (p. 196) nous dit au contraire qu'il n'y a qu'un seul recours et qu'il est porté devant le tribunal supérieur de commerce de Leipzig. Nos deux auteurs attribuent à la loi allemande des dispositions différentes et chacun d'eux est dans l'erreur. Les jugements de l'office des brevets qui statuent sur les demandes en nullité ou en retrait sont seuls susceptibles d'appel devant le tribunal supérieur de commerce de Leipzig (art. 32). Mais contre les décisions repoussant une demande de brevet, le recours est seulement possible devant une section de l'office des brevets autre que celle qui a déjà statué.

Nous nous bornons à signaler ces inexactitudes. Elles suffisent à montrer que, si pour la législation française, on peut très utilement consulter les livres de MM. Fliniaux et Rendu, il serait dangereux de leur accorder une confiance aveugle pour les lois étrangères. CH. LYON-CAEN.

Digitized by Google

DU SÉNAT ET DE LA MAGISTRATURE

DANS LA DÉMOCRATIE FRANÇAISE,

Par M. E. Lourdau.

Compte rendu par M. Gervais.

Le titre de cet ouvrage suffit à indiquer qu'il renferme une étude consacrée à une des questions les plus fondamentales du *Droit constitutionnel :* l'actualité augmente encore son intérêt particulier; car, au Sénat, vont prochainement s'ouvrir des discussions que tout nous fait espérer devoir être très importantes, sur la *Réforme judiciaire.* (Proposition Jules Favre.)

Mais l'auteur a des visées plus élevées et il ne cache pas que s'il veut réformer la magistrature, c'est par un moyen radical, c'est-à-dire la *Révision même de la constitution républicaine* du 25 février 1875. Voici du reste comment s'exprime M. Lourdau, qui écrivait, ne l'oublions pas, avant le mois de janvier dernier : « nous traversons une véritable trève dont les conditions mêmes ne sont pas toujours strictement observées : nous savons que dans deux ans (1880) elle sera légalement rompue et que nos institutions seront alors discutées en entier. Tous les citoyens ont donc le droit de donner leur avis, dès maintenant, sur ce qui pourrait être fait alors. A ce titre j'use de mon droit. »

C'est, on le voit, entrer fièrement et résolument dans la lice : arrivons maintenant au livre de M. Lourdau.

L'auteur veut définir et rendre fécond le rôle du *Sénat* et de la *magistrature* dans la démocratie.

Mais d'abord sommes-nous dans une démocratie?

Beaucoup de bons esprits répondront *non* et se contenteront de renvoyer M. Lourdau aux divers chapitres que dans le livre V de l'*Esprit des lois*, Montesquieu à consacrés à établir les conditions de ce gouvernement; pour eux, nos mœurs, nos goûts, nos habitudes de luxe, nos études mêmes

L'auteur de ce compte rendu vient de mourir au moment où il nous permettait de compter sur son utile collaboration. Les lecteurs de la *Revue* eussent apprécié comme nous son expérience, son bon sens et sa profonde culture juridique. (*Note de la Rédaction.*)

Digitized by Google

sont tout l'opposé de la démocratie, et ils nous rappelleront qu'il y a quelques jours à peine le président de notre République, M. Grévy, était obligé, pour remplir convenablement son rôle, de s'affubler du grand cordon de la Légion d'honneur, et que, comme tous ceux qui l'ont précédé, empereurs, rois, princes, il faut qu'il distribue largement les honneurs et les croix.

Cependant, pour M. Lourdau la question n'en est pas une, et au lieu de discuter, ce qui peut-être eût été convenable, il fait simplement une profession de foi et dit : *Un fait à la fois matériel et moral me semble indeniable ; j'y ai foi : c'est que la France moderne* (et par ce mot je remonte à 89), *est démocratique et que fatalement elle répudiera tout gouvernement qui ne sera pas démocratique ; une surprise, un coup de force pourront la courber sous un autre régime ; elle sera comme un ressort qu'on peut faire céder momentanément, mais qui se redressera à la première occasion : c'est là le secret de tant de révolutions dont on veut lui faire un grief.*

Admettons donc, avec M. Lourdau, que la France est une démocratie et continuons.

L'auteur reconnaît, dès son début, qu'il est deux institutions contre lesquelles la démocratie française a, de tout temps, manifesté une *singulière défiance.*

Pour lui, malgré cet état de l'opinion, il regarde le *Sénat* et la *magistrature* comme les deux colonnes de toute démocratie : ces deux institutions sont intimement liées, et se complètent l'une par l'autre.

Comment donc les organiser? M. Lourdau ne recule pas, il prend, si je puis ainsi parler, le taureau par les cornes, et voici sa solution définitive exposée dans le chapitre XXIII, pour les sauver l'une par l'autre :

Le Sénat élit chaque année son président.

Le président du Sénat prend le nom de chancelier ou de garde des sceaux et nomme *directement* à tous les emplois de la *magistrature assise.*

Il nomme également à ceux de la *Cour des comptes.*

Il y aura ainsi, désormais, deux ministères de la justice ; l'un pour la magistrature assise tant dans l'ordre judiciaire que dans l'ordre financier, et l'ancien ministère qui conservera ses anciennes attributions pour la *magistrature debout.*

Digitized by Google

Nous avons, croyons-nous, cité textuellement les bases du projet.

On le voit, c'est un projet *radical*, dans le sens le plus large, et rien que son simple énoncé fait naître une foule d'objections :

Déjà, quoique dépendant d'un chef unique, la magistrature assise et la magistrature debout ne sont pas toujours en parfaite harmonie : mais les luttes, les conflits, les rivalités sourdes ou manifestes ne seront-ils pas de tous les jours, quand elles dépendront de deux chefs, qui eux-mêmes auront de continuelles occasions de brouille et de désaccord ?

Est-ce que pour les nominations il n'y aura pas autant ou même plus de graves inconvénients qu'aujourd'hui : est-ce que la faveur aura perdu son influence néfaste ? est-ce que le président du Sénat, si haut qu'on veuille le placer, ne sera pas un homme ayant ses préférences ou ses amitiés ? est-ce que, devant être chaque année confirmé dans sa haute position, il ne devra pas accorder une bienveillance particulière aux amis de ceux qui l'auront nommé ?

Je m'arrête, car sur ce point M. Lourdau est un homme trop clairvoyant et trop loyal pour ne pas voir tous les *desiderata* de sa réforme.

Cependant l'auteur croit avoir trouvé une panacée toute-puissante quand il a soustrait la magistrature assise à l'influence du pouvoir exécutif qui seule est la cause *de tout le mal*.

Il croit aussi avoir trouvé une garantie d'avenir et de stabilité, en réunissant la Cour des comptes sous la même main que les cours judiciaires, et en enlevant cette Cour au pouvoir exécutif, ce qui du reste est assez raisonnable ; étant une institution de contrôle, elle ne doit pas relever de ceux qu'elle doit contrôler.

Dans le même ordre d'idées, M. Lourdau propose une autre réforme souvent étudiée et discutée avant lui, c'est la suppression des tribunaux administratifs : l'auteur la soutient avec chaleur et par de bonnes raisons.

Ces tribunaux où l'État est à la fois juge et partie sont une véritable monstruosité : ils ne sont que la manifestation de la peur que le souvenir des Parlements d'abord, puis l'indépendance judiciaire, causaient autrefois au pouvoir exécutif ;

Digitized by Google

leur abolition n'est pas d'ailleurs plus difficile que n'a été celle du terrible article 75 de la Constitution de l'an VIII qui, au besoin, assurait l'impunité à tous les agents du pouvoir exécutif.

Dans son ardeur de réforme, M. Lourdau respecte et veut cependant maintenir, quand même, le principe d'*inamovibilité* de la magistrature, aujourd'hui si attaqué de tous côtés et qu'un décret du Gouvernement Provisoire du 17 avril 1848 déclarait incompatible avec le gouvernement républicain.

Selon M. Lourdau, ce principe est au contraire la sauvegarde de la démocratie, et c'est parce qu'il a été faussé par le pouvoir exécutif qu'il est aujourd'hui si fort en défaveur.

Obligé de nous arrêter, nous aimons cependant à citer les divers chapitres où M. Lourdau nous a présenté le tableau comparatif du Sénat en France, avant et depuis 89 jusqu'à nos jours, et aussi, celui de la magistrature dans les mêmes périodes, en les rapprochant tous les deux des institutions analogues dans divers pays, et le chapitre XV consacré à la magistrature telle qu'elle est aujourd'hui, qui est digne d'une attention spéciale.

La majorité des magistrats, dit l'auteur, représente fatalement le passé et sera à peu près nécessairement en opposition manifeste avec la politique du moment : l'inamovibilité qui est édictée dans l'intérêt du justiciable est devenue la protection du juge lui-même contre le progrès des idées modernes.

En finissant, remercions cordialement M. Lourdau de son beau volume, sa franchise va quelquefois jusqu'à la rudesse, quand, par exemple, il dit que si l'on n'admet pas son plan de réforme, il faudra revenir aux *bric-à-brac de* 89 (ô immortels principes de la Révolution !!), mais j'aime l'ardeur des convictions ; et la confiance qu'un réformateur doit avoir dans ses réformes est la première condition pour les faire adopter.

GERVAIS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES.

DROIT CIVIL.

Pages.

Legs de nue propriété excédant la quotité disponible. — Peine testamentaire. — Réduction. — Cassation (ch. req., 6 mai 1878), par *M. Ch. Testoud*. 1

Le séquestre des biens des contumax, par *M. Henri Pascaud*. 9

Administration par le père de famille des biens de ses enfants mineurs durant le mariage, par *M. Lespinasse*. 24

Études sur les secondes noces, par *M. Prosper Schaeffer* (suite). . . . 31

De la condition des employés dans les chemins de fer, par *M. Lespinasse*. 81

De la nature et des effets de la subrogation, par *M. Léopold Thézard*. 97, 264

De l'interprétation des volontés dans le Code civil, par *M. G. Appert*. 119

Étude sur la possession des servitudes discontinues et des servitudes non apparentes, par *M. Adrien Bastid*. 171

L'article 1328 est-il applicable à la matière des donations? par *M. Guillouard*. 305

Les congrégations religieuses devant la Cour de Paris, par *M. Ed. Seligman*. 369

Études sur le second mariage contracté avant la dissolution du premier. De l'action en nullité ouverte contre le mariage bigamique, par *M. Prosper Schaeffer*. 387

L'ordre amiable et les moyens de le rendre plus efficace, par *M. H. Pascaud*. 480

La transaction peut-elle être prouvée par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit? par *M. Guillouard*. 513

De la maxime « *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* », ou des effets de l'instance, en droit romain et en droit français, au double point de vue de la transmissibilité et de la durée des actions, par *M. E. Valabrègue*. 519

Note sur les articles 1733 et 1734 du Code civil, par *M. Marc Sauzet*. 568

L'hypothèque légale du légataire porte-t-elle sur les immeubles légués par préciput et hors part à l'un des héritiers? par *M. L. Thézard*. 705

Du rapport fictif pour le calcul de la quotité disponible, par *M. H. Lespinasse*. 709

De la nature des droits fixes gradués, par *M. Ch. Testoud*. 725

DROIT ROMAIN.

Observations sur la loi Cincia, par *M. Machelard*. 653

DROIT COMMERCIAL.

D'un adoucissement à la loi sur les faillites, par *M. André Sabatier*. 60

De la recevabilité de l'action du failli après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, par *M. Henri Pascaud*. 145

Questions pratiques de droit commercial. Du concordat amiable, par *M. P. Fabreguettes*. 328

Questions relatives à la faillite, par *M. Georges Appert*. 362

Digitized by Google

Pages.

De l'acte de partage consenti par le failli après la cessation de ses payements, par *M. Bouniceau-Gesmon*. 449
Projet de loi relatif à la procédure de séparation de biens, en cas de faillite du mari, par *M. Testoud*. 644

LÉGISLATION MILITAIRE.

Étude sur quelques difficultés que peut présenter l'application de l'article 231 du Code de justice militaire, par *M. E. Marx*. 586

DROIT CRIMINEL.

Rapport de *M. d'Olivecrona* au Congrès pénitentiaire de Stockholm sur le mouvement progressif de la réforme pénitentiaire de 1872 à 1878 d'après les communications successives de *M. Ch. Lucas*, de l'Institut de France. 89
La loi anglaise de 1866 sur les écoles industrielles et l'état légal en France des enfants vagabonds et mendiants, par *M. Ch. Lucas*. . . . 156
De la compétence du juge de paix en matière de simple police, par *M. Fr. Cambuzat*. 498
Du ministère public près les tribunaux de simple police, par *M. Cambuzat*. 579
La contrainte exercée sur un électeur, même lorsqu'elle n'a pas déterminé le vote ou l'abstention, est-elle punissable en vertu des lois du 2 août et 30 novembre 1875 ? par *M. Paul Lombard*. 609

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Des pouvoirs des conseils généraux et des commissions départementales en matière de classement, d'ouverture et d'élargissement des chemins vicinaux, par *M. Jean Sauzey*. 209
Rapport présenté au tribunal des conflits par *M. Aucoc* sur les questions de compétence administrative et judiciaire. 240
Questions relatives à l'appel comme d'abus, par *M. Bregeault*. 617
De quelques modifications à apporter à la loi du 3 mai 1841, par *M. Émile Benoît*. 634
De la propriété des alluvions artificielles, par *M. Léon Choppard*. . . 739
De l'indépendance des juges de paix, par *M. Félix Berriat Saint-Prix*. 753

DROIT INTERNATIONAL.

Étude sur le projet de loi d'extradition soumis au Sénat français par le Garde des sceaux, par *M. Charles Antoine*. 281, 314

BIBLIOGRAPHIE.

Précis de droit commercial, par *M. A. Boistel;* compte rendu par *M. P. V. Beauregard*. 71
La Constitution française de 1875, étudiée dans ses rapports avec les Constitutions étrangères, par *MM. Bard* et *Robiquet;* compte rendu par *M. Léon Choppard*. 76
Questions de droit relatives à l'exposition universelle de 1878. De la saisie des objets appartenant aux exposants dans l'enceinte de l'ex-

Digitized by Google

Pages.

position, par *M. Edouard Clunet;* compte rendu par *M. Charles Lyon-Caen*. 141

Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée, par *M. E. Garsonnet;* compte rendu par *M. Paul Cauwès*. 196

Introduction à l'étude du droit international. — La propriété littéraire et artistique au point de vue international, par *M. L. Renault;* compte rendu par *M. F. Larnaude*. 202

Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ, par *MM. Aubry* et *Rau;* compte rendu par *M. Joseph Bressolles*. . . . 205

Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École des ponts et chaussées, par *M. Léon Aucoc;* compte rendu par *M. Edmond David*. 297

Tableau comparatif des lois sur les brevets d'invention en France et dans les neuf pays les plus importants, par *M. Émile Barrault;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 303

Précis de droit commercial, par *MM. Ch. Lyon-Caen* et *L. Renault;* compte rendu par *M. Ch. Testoud*. 425

Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, par *M. Glasson;* compte rendu par *M. Gaston May*. 430

1° Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres, missives et télégrammes, d'après le droit civil et commercial; — 2° Des sociétés françaises et étrangères, par *M. Rodolphe Rousseau;* — 3° Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, par *MM. Rousseau* et *Laisney;* compte rendu par *M. G. Debacq*. . . . 438

Bibliographie raisonnée du droit civil, comprenant les matières du Code civil et des lois postérieures qui en forment le complément, par *M. E. Dramard;* compte rendu par *M. Ernest Dubois*. 504

Questions de droit maritime (2e série), par *M. Alfred de Courcy;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 594

Cours élémentaire de droit civil, par *M. F. Laurent;* compte rendu par *M. E. Binet*. 599

La Table de bronze d'Aljustrel; étude sur l'administration des mines au 1er siècle de notre ère, par *M. Jacques Flach;* compte rendu par *M. J. B. Mispoulet*. 606

Traité d'enregistrement et de timbre, par *MM. Ducroquet* et *Astrié;* compte rendu par *M. Ernest Dubois*. 684

Traité de droit commercial maritime, par *M. Arthur Desjardins;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 688

Nouveau commentaire des lois sur les brevets d'invention, par *MM. Malapert* et *Forni;* compte rendu par *M. G. Debacq*. 693

Moniteur du juré d'assises, par *M. Constant Fenet;* compte rendu par *M. G. Debacq*. 701

I. La propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique en France et à l'étranger, par *M. Ch. Fliniaux*. — II. Codes de la propriété industrielle. Brevets d'invention, par *M. Ambroise Rendu;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 762

Du Sénat et de la magistrature dans la démocratie française, par *M. E. Lombard;* compte rendu par *M. Gervais*. 764

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS.

MM.		Pages.
ANTOINE.	Étude sur le projet de loi d'extradition soumis au Sénat français par le Garde des sceaux.	281, 314
APPERT.	De l'interprétation des volontés dans le Code civil.	119
—	Questions relatives à la faillite.	362
AUCOC.	Rapport présenté au tribunal des conflits.	240
BASTID.	Étude sur la possession des servitudes discontinues et des servitudes non apparentes.	171
BEAUREGARD.	Précis de droit commercial, par *M. Boistel.*	71
BENOÎT.	De quelques modifications à apporter à la loi du 3 mai 1841.	634
BERRIAT SAINT-PRIX.	De l'indépendance des juges de paix.	753
BINET.	Cours élémentaire de droit civil, par *M. Laurent.*	599
BOUNICEAU-GESMON.	De l'acte de partage consenti par le failli après la cessation de ses payements.	449
BREGEAULT.	Questions relatives à l'appel comme d'abus.	617
BRESSOLLES.	Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ, par *MM. Aubry* et *Rau.*	205
CAMBUZAT.	De la compétence du juge de paix en matière de simple police.	498
—	Du ministère public près les tribunaux de simple police.	579
CAUWÈS.	Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée, par *M. E. Garsonnet.*	196
CHOPPARD.	La Constitution française en 1875, par *MM. Bard* et *Robiquet.*	76
—	De la propriété des alluvions artificielles.	739
DAVID.	Conférences sur l'administration et le droit administratif, par *M. Léon Aucoc.*	297
DEBACQ.	1° Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres, missives et télégrammes.	438
	2° Des sociétés françaises et étrangères, par *M. Rodolphe Rousseau.*	442
—	3° Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, par *MM. Rousseau* et *Laisney.*	444
—	Nouveau commentaire des lois sur les brevets d'invention, par *M. Malapert.*	693
—	Moniteur du juré d'assises, par *M. Fenet.*	701
D'OLIVECRONA.	Rapport au Congrès pénitentiaire de Stockholm.	89
DUBOIS.	Bibliographie raisonnée de droit civil comprenant les matières du Code civil et des lois postérieures qui en forment le complément, par *M. E. Dramard.*	504
—	Traité d'enregistrement et de timbre, par *MM. Ducroquet* et *Astrié.*	684
FABREGUETTES.	Questions pratiques de droit commercial.	328
GERVAIS.	Du Sénat et de la magistrature dans la démocratie française, par *M. E. Lourdau.*	764
GUILLOUARD.	L'article 1328 est-il applicable à la matière des donations?	305
—	La transaction peut-elle être prouvée par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit?	513
LARNAUDE.	Introduction à l'étude du droit international. La propriété littéraire et artistique au point de vue international, par *M. L. Renault.*	202
LESPINASSE.	Administration par le père de famille des biens de ses enfants mineurs durant le mariage.	24

Digitized by Google

MM. Pages.

LESPINASSE. . . . . De la condition des employés dans les chemins de fer. 81
— Du rapport fictif pour le calcul de la quotité disponible. 709
LOMBARD. . . . . La contrainte exercée sur un électeur, même lorsqu'elle n'a pas déterminé le vote ou l'abstention, est-elle punissable en vertu des lois du 2 août et 30 novembre 1875? 609
LUCAS. . . . . La loi anglaise de 1866 sur les écoles industrielles et l'état légal en France des enfants vagabonds et mendiants. 156
LYON-CAEN. . . . . Questions de droit relatives à l'exposition universelle de 1878, par *M. Éd. Clunet*. 141
— Tableau comparatif des lois sur les brevets d'invention en France et dans les neuf pays les plus importants, par *M. Ém. Barrault*. 303
— Questions de droit maritime. par *M. Alfred de Courcy*. 594
— Traité de droit commercial maritime, par *M. Arthur Desjardins*. 688
— I. La propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique en France et à l'étranger, par *M. Ch. Pliniaux*. — II. Codes de la propriété industrielle. Brevets d'invention, par *M. Ambroise Rendu*. 762
MACHELARD. . . . . Observations sur la loi Cincia. 653
MAI. . . . . Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, par *M. Glasson*. 430
MARX. . . . . Étude sur quelques difficultés que peut présenter l'application de l'article 231 du Code de justice militaire. 586
MISPOULET. . . . . La Table de bronze d'Aljustrel, par *M. Flach*. 606
PASCAUD. . . . . Le séquestre des biens des contumax. 9
— De la recevabilité de l'action du failli après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif. 145
— L'ordre amiable et les moyens de la rendre plus efficace. 480
SABATIER. . . . . D'un adoucissement à la loi sur les faillites. 60
SAUZEY. . . . . Des pouvoirs des conseils généraux et des commissions départementales. 209
SAUZET. . . . . Note sur les articles 1733 et 1734 du Code civil. 568
SCHAEFFER. . . . . Études sur les secondes noces. 31
— Études sur le second mariage contracté avant la dissolution du premier. 387
SELIGMAN. . . . . Les congrégations religieuses devant la Cour de Paris. 369
TESTOUD. . . . . Legs de nue propriété excédant la quotité disponible. Peine testamentaire. Réduction. Cassation (ch. des req. 6 mai 1878). . . 1
— Précis de droit commercial, par *MM. Ch. Lyon-Caen* et *L. Renault*. 425
— Projet de loi relatif à la procédure de séparation de biens, en cas de faillite du mari. 644
— De la nature des droits fixes gradués. . . . 725
THÉZARD. . . . . De la nature et des effets de la subrogation. 97, 264
— L'hypothèque légale du légataire porte-t-elle sur les immeubles légués par préciput et hors part à l'un des héritiers? 705
VALABRÈGUE. . . . . De la maxime : « *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* ». 519

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANNUAIRE
DE
LÉGISLATION ÉTRANGÈRE
PUBLIÉ PAR LA
SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
CONTENANT LA TRADUCTION DES
PRINCIPALES LOIS VOTÉES DANS LES PAYS ÉTRANGERS
EN 1878
HUITIÈME ANNÉE
1 fort vol. grand in-8° (1879).— Prix : 12 fr.

PRÉCIS
DE DROIT ROMAIN
PAR C. ACCARIAS
Professeur à la Faculté de droit de Paris
Tome Ier, livre I et II des Institutes de Justinien
3e ÉDITION, corrigée et notablement augmentée
1 fort volume in-8°. — Prix : 12 fr.
Tome II, livre III et IV des Institutes en cours de publication
Prix de la souscription : 10 fr.

PRÉCIS
DE DROIT COMMERCIAL
COMPRENANT
LE COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE ET DES LOIS QUI S'Y RATTACHENT
SUIVI
D'UNE TABLE DES TEXTES EXPLIQUÉS ET D'UNE TABLE ANALYTIQUE DÉVELOPPÉE
PAR CH. LYON-CAEN ET L. RENAULT
Agrégés à la Faculté de droit de Paris
Professeurs à l'École libre des sciences politiques

PREMIER FASCICULE
INTRODUCTION HISTORIQUE; ACTES DE COMMERCE; COMMERÇANTS; LIVRES DE COMMERCE; SOCIÉTÉS COMMERCIALES; VENTE COMMERCIALE; GAGE COMMERCIAL; MAGASINS GÉNÉRAUX ET WARRANTS
1 vol. in-8°. — Prix : 5 francs
La deuxième fascicule paraîtra en avril 1880

Digitized by Google

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.